Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellrecht

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Harald Lorenz
Rechtsreferendar beim Landgericht Tübingen

Einreichungsjahr 1977/78

1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548401_0038

Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellrecht

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Harald Lorenz

Rechtsreferendar beim Landgericht Tübingen

Einreichungsjahr 1977/78

Erstgutachter:

Professor Dr. Dr. iur. Franz-Jürgen Säcker

Zweitgutachter:

Professor Dr. iur. Kurt Markert

Tag der mündlichen Prüfung:

19. Juli 1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Gliederung

1. Einleitung

1.1. Kartellrecht in unserer Zeit
1.2. Das deutsche Kartellrecht

2. Problemstellung

2.1. Begriffsbestimmungen
2.1.1. Kartellrechtsproblematik
2.1.2. Selbstbeschränkungsabkommen

2.2. Allgemeiner Überblick
2.2.1. Rechtstatsächliche Situation
2.2.1.1. Genehmigung nach § 8 GWB
2.2.1.2. Behandlung nach § 1 GWB
2.2.1.3. Sonstige Beispielsfälle
2.2.2. Abgrenzungen
2.2.3. Entsprechende ausländische Kartellrechtsprobleme am Beispiel der USA
2.2.3.1. Geschichtlicher Rückblick
2.2.3.2. Moderne Rechtsanwendung
2.2.3.3. Praxisbereiche
2.2.3.4. Die rule of reason und das deutsche Recht

2.3. Systematisierung der Konstellationen
2.3.1. Grade staatlicher Beeinflußung
2.3.1.1. Freiwilligkeit

2.3.1.2. Mittelbare staatliche Anregung
2.3.1.3. Direkte staatliche Einflußnahme
2.3.2. Rechtsgüterbereiche
2.3.2.1. Ökonomischer Bereich
2.3.2.2. Außerökonomischer Bereich
2.3.3. Intentionen

3. Das EWG - Kartellrecht

3.1. Gesetzessystematik
3.2. Praxisbereich

4. Behandlung nach den §§ 1 ff. GWB

4.1. Gesetzestypus
4.2. Subsumtion unter § 1 I S. 1 GWB
4.2.1. Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen
4.2.2. Verträge und Beschlüsse
4.2.3. Gemeinsamer Zweck
4.2.4. Beschränkung des Wettbewerbes
4.2.5. Geeignetheit zur Beeinflußung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse
4.2.6. Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen

4.3. Lösungsmöglichkeiten über § 1 I S. 1 GWB
4.3.1. Restriktive Auslegung

4.3.2. Rechtsfortbildende Restriktion
4.3.2.1. Praxisgrundsätze
4.3.2.2. Rechtsdogmatische Überlegungen
4.3.3. Grundlagen einer solchen Güterabwägung
4.3.3.1. Rechtstheoretische Wertordnungsüberlegungen
4.3.3.2. Einfluß der grundgesetzlichen Wertrangordnung
4.3.3.3. Konkrete Versuche einer Wertordnungshierarchie
4.3.4. Rechtssicherheitsgrundsätze
4.3.5. Problem der rule of reason
4.3.6. Rechtfertigungsgründe

4.4. Gesetzliche Ausnahmeregelungen
4.4.1. Implizierte Einschränkung durch § 1 I S. 2 GWB
4.4.2. Bereichsausnahmen der §§ 2 - 7 GWB
4.4.3. Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB
4.4.3.1. Gesetzestypus
4.4.3.2. Subsumtion
4.4.3.3. Verfahrensfragen
4.4.3.4. Zwischenergebnis
4.4.4. Wettbewerbsregeln der §§ 28 ff. GWB
4.4.5. Opportunitätsprinzip des § 47 OWiG
4.4.6. sonstige gesetzliche Regelungen

4.5. Rückgriff auf § 1 I S. 1 GWB im Sinne der Rechtsfortbildung
4.5.1. Ansatzpunkt für eine Konkretisierung
4.5.2. Abhängigkeit vom Grad staatlicher Beeinflußung

4.5.2.1. Völlige Freiwilligkeit
4.5.2.2. Mittelbare staatliche Anregung
4.5.2.3. Direkte staatliche Einflußnahme
4.5.3. Rechtssicherheitserfüllung im Sinne des Endergebnisses

4.6. Verfahren und Folgen

5. Abschließende Stellungnahme

5.1. Bezugspunkte zum öffentlichen Recht
5.2. Verfassungsrechtliche, grundgesetzliche Überlegungen
5.3. Vorschlag einer Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB unter Berücksichtigung der gesetzlichen Normsetzungsbefugnis
5.4. Anwendung im Sinne des Prinzips der ultima ratio

6. Zusammenfassung

6.1. Problemkonstellation und Beispielsfälle
6.2. Systematisierungsmöglichkeiten
6.3. Ausländische Kartellrechte
6.4. Subsumtion unter § 1 I S. 1 GWB
6.5. Einschränkungsversuche über § 1 I GWB
6.6. Gesetzliche Ausnahmeregelungen mit Teillösungsmöglichkeit über ein Ministerkartell nach § 8 I GWB
6.7. Verbleibende Lösungsmöglichkeit unter Rückgriffnahme auf § 1 I GWB im Sinne der Rechtsfortbildung

6.8. Abschließende verfassungs- und wettbewerbspolitische Würdigung einschließlich eines Vorschlags zur Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB

STAATLICH INSPIRIERTE SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN UND KARTELLRECHT

1. Einleitung

Diese Arbeit befaßt sich mit dem Problem der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen und ihrer Stellung innerhalb des Kartellrechtes. Dabei soll nicht nur eine rechtliche Beurteilung gefunden werden, sondern auch ein Überblick über die vorhandenen Ausprägungen gegeben werden. Hierzu ist zunächst nötig, auf das Kartellrecht allgemein und insbesondere auf die Ausgestaltung des hierfür relevanten deutschen Kartellrechtes einzugehen.

1.1. Kartellrecht in unserer Zeit

Gerade in der heutigen Zeit ist eine immer weitgehendere Konzentration in der Wirtschaft festzustellen. Dies ist wohl eines der gravierendsten und zugleich heftig umstrittenen Probleme der Wirtschaftspolitik. Oftmals

stehen dabei wirtschaftliche und grundsätzlich politische Erwägungen im Widerstreit.[1] Durch diese Konzentration entstehen einerseits häufig Betriebe in optimaler Größe, was zahlreiche Produkte verbilligt und die Rationalisierung fördert. Insgesamt gesehen kann dies zu einer Stärkung der wirtschaftlichen Macht führen. Andererseits ist dadurch aber auch die Selbständigkeit insbesondere der kleineren Unternehmen gefährdet.[2] Die Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens verringert sich. Dies geht einher mit dem Erwerb politischer Macht durch solche Großunternehmen. Dadurch können sie die staatliche Gewalt in gewissem Sinne beeinflussen und in Zugzwang bringen. Gerade diese Ballung umfassender Macht führt dann oft zu einer Verzerrung des Wettbewerbs. Um diesen Interessenwiderstreit sinnvoll zu lösen, ist es Zweck eines effizienten Kartellrechtes, Monopole zu verhindern und die Märkte offen zu halten.[3] Deshalb ist es Aufgabe eines Staates innerhalb des westlichen Wirtschaftsraumes, auf diesem Wege die richtige Dosierung zwischen staatlicher Eingriffnahme und unternehmerischer Freiheit zu finden, um der gerade seit Ende der sechziger Jahre in erhöhtem Maße steigenden Konzentration innerhalb der Wirtschaft Rechnung zu tragen.[4] Als Haupttypen einer solch regelungsbedürftigen Konzentration sind Kartelle, Konzerne und Trusts,

---

1. Rinck, aaO, Rdnr. 744
2. BKartA, Tb 1967, S. 8
3. Eucken, aaO, S. 245 ff.
4. Rinck, aaO, Rdnr. 728 f.

aber auch Fusionen zu sehen. In der nachfolgenden Erörterung soll dabei nur auf die Kartelle eingegangen werden, da lediglich sie für das zu behandelnde Thema Relevanz haben.

1.2. Das deutsche Kartellrecht

Für die Bundesrepublik Deutschland ist als Grundlage aller Überlegungen von deren freiheitlicher Wirtschaftsordnung auszugehen, deren Basis stets das Konkurrenzprinzip darstellt. Gerade um diesen Grundwert unserer Marktordnung zu sichern, ist ein praktikables und effektives Kartellrecht nötig. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt einen Kompromiß für oder gegen die Konzentration dar, wie auch heute diese Erscheinungsform weder als grundlegend gut oder schlecht bezeichnet werden kann.(5) Dieses Gesetz aus dem Jahre 1957 wurde im Zuge der verschiedenen Novellen mehrfach reformiert, wodurch sich sein Charakter aber nicht grundlegend geändert hat.(6) Eine gewisse Verschärfung brachte die Novellierung aus dem Jahre 1973, ohne aber die Gewichte des Ausgleichs zwischen der Zulassung und dem Verbot von Kartellen

---

5. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 748
6. vgl. Dörinkel, WuW 1965, S. 809 ff.

besonders zu verschieben. Im Lauf der Jahre ist lediglich die besondere Zielrichtung des Gesetzes näher ausgestaltet und in Verbindung mit der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung konkretisiert worden.

Die mit Kartellen zusammenhängenden Rechtsfragen sind in den §§ 1 bis 14 GWB geregelt. Den Leitgedanken normiert dabei § 1 GWB, der von einem grundsätzlichen Kartellverbot ausgeht. Zusammenfassend gesagt sind "den Unternehmen danach alle Absprachen verboten, die den Wettbewerb beschränken und die Marktverhältnisse beeinflussen".[7] Die §§ 2 bis 7 GWB stellen gesetzlich normierte Ausnahmetatbestände dar. Das generelle Verbotsprinzip ist durch eine Art von Konzessionssystem aufgelockert worden[8], wobei je nach Normierung Kartelle völlig freigestellt sind, einer generellen Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt oder aber einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit oder ohne Anspruch unterliegen. Zur letzteren Gruppierung gehört auch die Generalklausel des § 8 GWB, der ähnlich wie § 1 GWB das gesamte System überlagert. Damit hat also im deutschen Kartellrecht ein Ausgleich zwischen dem Verbotsprinzip und dem Mißbrauchsprinzip stattgefunden. Das System des Ausgleichs hat folg-

---

7. Rinck, aaO, Rdnr. 772
8. Rinck, aaO, Rdnr. 831 ff.

lich nach dem Auspendeln zwischen sinnvoller Wirtschaftsmacht und effektivem Konkurrenzprinzip hier einen zweiten Anklang gefunden. Die §§ 9 bis 14 GWB regeln lediglich den besonderen Verfahrensgang.

Dieser gesamte Normenkomplex ist für die Frage der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen maßgebend. Der nachfolgende Gesetzesabschnitt über sonstige Verträge nach den §§ 15 bis 21 GWB kann diesbezüglich praktisch vernachlässigt werden. Eher wäre noch an die Gruppe der Wettbewerbsregeln in den §§ 28 bis 33 GWB zu denken, die in den Randbereichen des Problems einen gewissen Einfluß und durchaus selbständige Bedeutung haben können.(9) In besonderen Einzelfragen können etwa auch noch andere Abschnitte dieses Gesetzes wie die §§ 34 bis 39 GWB in zivilrechtlicher oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Hinsicht sowie überhaupt die in den dritten bis fünften Teilen festgelegten Normen zum allgemeinen Verfahrensablauf relevant werden. Im übrigen ist in seltenen Ausnahmefällen auch an spezialgesetzliche Regelungen zu denken. Da die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen eine ganz spezielle Sonderform innerhalb der kartellrechtlichen Problematik darstellen, ergeben sich sowohl

---

9. Sack, GRUR 1975, S. 305 ff.

allgemeine als auch besondere Probleme im Hinblick auf die Anwendung des GWB, was nachfolgend untersucht, analysiert und rechtlich konkretisiert werden soll.

2. Problemstellung

Zunächst sind der Inhalt, die Tragweite, die Ausgestaltung und die Auswirkungen dieser Fragestellung näher zu erörtern. Dabei ist von der augenblicklichen rechtlichen und tatsächlichen Lage auszugehen und dies auch hinsichtlich einer gewissen Systematisierung zu überprüfen.

2.1. Begriffsbestimmungen

Ehe man vertieft auf die rechtliche Problematik eingehen kann, ist der Bereich der vorgenannten Problemstellung festzulegen, zu erläutern und richtungsbestimmend einzuengen. Dazu ist es nötig, sich über die der Thematik zugrundeliegenden Begriffe im klaren zu sein.

2.1.1. Kartellrechtsproblematik

Für die vorgenannte Fragestellung sind nur Kartelle relevant. Darunter versteht man nach einer gängigen Definition "Zusammenschlüsse von Unternehmungen im Interesse der Absatzentwicklung mittels zeitweiser gemeinsamer Rege-

lung der Absatzbedingungen im Interesse der Erhaltung des in den Betrieben investierten Anlagekapitals und mit dem Ziel der Marktbeeinflussung für Produkte eines Wirtschaftszweiges durch Ausschalten oder Verringern des Wettbewerbes".[10] Sie stellen also Absprachen zwischen Unternehmern dar, die rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleiben. Dabei ist davon auszugehen, daß es sich stets um Unternehmen derselben Markt- und Produktionsstufe handelt.[11] Das ganze geschieht mit dem Ziel eines gemeinsamen Verhaltens am Markt. Ob es sich nun dabei, wie meist, um Vertrags- oder aber um Beschlußkartelle handelt, kann dahingestellt bleiben. Sicherlich liegt in der überwiegenden Zahl der Fälle ein Vertragskartell vor, da die Zustimmung aller Beteiligten nötig ist; es sei denn, es handelt sich um einen Verband, bei dem ein Beschluß satzungsgemäß allgemein bindend ist und daraus entsprechende Folgen entstehen können. Auch diese Konstellation ist bei den Selbstbeschränkungsabkommen durchaus anzutreffen; eine solche Art von Mischform dürfte aber trotz allem die Ausnahme darstellen.

Es reichen jedoch auch reine Absprachen mit entsprechender Zielrichtung in Anlehnung an gentlemen's agreements aus.[12] Hier stehen

---

10. Gabler, aaO, S. 989
11. Rinck, aaO, Rdnr. 739
12. Jäger, aaO, S. 21

Eigen- und Fremdverhalten in einem klaren Gegenleistungsverhältnis und bewirken eine Veränderung der Marktsituation. Einschlägig ist demnach nicht das zufällige, spontane sondern das eindeutig verabredete Parallelverhalten.(13) Dies gilt selbst für rechtlich unverbindliche Verständigungen, wo Absprachen auf einen direkt erklärten Rechtsfolgewillen hin fehlen.(14) Dabei braucht gar nicht auf Reflexwirkungen abgestellt zu werden, allein die entstehende Marktlage unter Zugrundelegung etwa getroffener, auch vager Vereinbarungen reicht aus. Entsprechend dieser Definition kann also der Kreis relevanter Kartelle sehr weit gezogen werden. Im übrigen soll dies nur eine vage Umgrenzung des Problembereichs sein, auf den genauen Kartellbegriff ist bei der nachfolgenden Subsumtion zu § 1 I GWB vertieft einzugehen.

2.1.2. Selbstbeschränkungsabkommen

Interessant ist weiter als zweiter maßgebender Begriff dieser Fragestellung der der Selbstbeschränkungsabkommen. Gerade dem wird in den meisten Darstellungen in der Literatur zu wenig Beachtung geschenkt.(15) Sie sind in den vergangenen Jahren vermehrt im Wirtschafts-

---

13. Sandrock, aaO, S. 355 f.
14. Ruge, WuW 1963, S. 698 ff. und WuW/BGH 602 ff.
15. Horstmann, aaO, S.25

leben anzutreffen gewesen. Worum handelt es sich hierbei überhaupt, was sind die Kernpunkte solcher Abkommen oder gemeinsam getroffener Maßnahmen ? Nach einer weit verbreiteten Meinung sind dies"Wettbewerbsbeschränkungen zur Verwirklichung von Gemeinwohlbedürfnissen".(16) Zunächst einmal ist festzuhalten, daß die Begriffe Abkommen und Abreden sehr fließend sind und des weiteren, zumindest was ihre Wirkungen anbelangt, durchaus synonym verwendet werden können. Allerdings ist eine schriftliche, vertragsartige Fixierung die Regel, da gerade die Einbeziehung staatlicher Stellen, aber auch die rechtlich mögliche Ausformung dies oftmals geboten erscheinen lassen.(17) Jedoch auch gewöhnlich verabredete Maßnahmen reichen völlig aus.

Inhaltlich gesehen ist es oft so, daß mehrere Unternehmer auf gewisse Markt- oder Werbemittel verzichten. Sie gehen von den bestimmten augenblicklichen Marktverhältnissen aus und projizieren sie auf einen gewissen Zukunftszeitraum. Das kann ein Festfrieren eines gewissen Zustandes, aber auch eine verminderte Fortentwicklung oder gar eine Art Rückschritt bedeuten. Jedenfalls schränken sie ihre Wettbewerbsmöglichkeiten gemeinsam

---

16. Kaiser, NJW 1971, S. 587
17. Rinck, aaO, Rdnr. 784 f.

ein. Sie binden sich praktisch an eine festgesetzte Marktlage und mindern den Konkurrenzspielraum untereinander, vergrößern aber sehr wahrscheinlich ihre Wettbewerbsfähigkeit und Marktmacht gegenüber Außenstehenden. Damit verzichten sie also von sich aus auf ihnen normalerweise zustehende Rechte und schränken sich selbst ein.

Die besondere Problematik ergibt sich aber daraus, daß solche Wettbewerbsbeschränkungen durch die staatliche Wirtschaftspolitik geduldet oder gar noch gefördert werden.(18) Gerade im letzten Jahrzehnt ist dies wiederholt geschehen. Dies führt weiter zu einem überaus interessanten Punkt bei diesen Fällen, nämlich der Motivation der Beteiligten. Vom äußeren Erscheinungsbild her zeichnet sich das ganze als ein freiwilliges Vorgehen ab. Für das freiwillige Handeln privater Unternehmer gilt aber noch immer die Gewinnmaximierung als ausschlaggebendes Motiv.(19) Jedenfalls wird immer das völlig legale Eigeninteresse als Antrieb freiwilligen Verhaltens unterstellt. Ausgehend vom privaten Nutzen vermag demgemäß im Wettbewerb die "unsichtbare Hand" wie Adam Smith es nannte, optimal weiterzuführen zu einem gemeinsamen Nutzen.(20) Heute kann man aber mitunter durchaus schon

---

18. Hübner, aaO, S. 1
19. Kaiser, NJW 1971, S. 585
20. vgl. Kaiser, NJW 1971, S. 585

von der mehr oder weniger sichtbaren Hand des Staates sprechen. Inwieweit nun dieser staatliche Einfluß geht, ob direkt oder mittelbar über andere Stellen oder vielleicht gar über eine mehr oder weniger bewußt vollzogene öffentliche Meinungsbildung, soll später bei der Eingruppierung der verschiedenen Konstellationsmöglichkeiten genau untersucht und dargestellt werden. Damit korrespondiert naturgemäß auch der Grad der Freiwilligkeit der übrigen Beteiligten.

Unabhängig von diesen Unterscheidungen innerhalb der Konstellationen lassen sich entgegen einer durch Horstmann erfolgten Systematisierung[21] nicht nur drei sondern zumindest sogar vier Definitionscharakteristika der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen feststellen. Dies ist zum ersten die einvernehmliche und bewußt vorgenommene Wettbewerbsbeschränkung, zum zweiten, daß diese nicht oder wenigstens nicht hauptsächlich im Eigeninteresse der Unternehmen liegt, sondern daß zum dritten ausschlaggebend hierfür das Interesse der Allgemeinheit ist; ergänzend kommt viertens hinzu, daß staatliche Stellen und Behörden entweder aktiv fördernd oder zumindest halb passiv tolerierend daran mitwirken. Meines Erachtens richtig festgestellt wurde aber, daß der Begriff der Selbst-

---

21. Horstmann, aaO, S.25

beschränkungsabkommen, das entscheidende Merkmal des Drittinteresses nur unzureichend wiederzugeben vermag.[22] Insgesamt ist damit nun der Komplex der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen fest umrissen. Auch der zunehmende Anwendungsbereich dieser besonderen Kategorie industrieller Absprachen deckt sich mit der vorgenannten Definition.[23] Oftmals ist die Reichweite solcher Abkommen zu Beginn gar nicht voll abzusehen. Auch die Art der Ausformung ist nicht absolut festzulegen. Fest steht, daß solche Selbstbeschränkungsabkommen in mannigfacher Form vorkommen können, was nachfolgend aufgezeigt werden soll; wobei sich aber stets erweisen wird, daß der Grundtyp und die prinzipielle Zielrichtung stets dieselben oder zumindest nahezu deckungsgleich sind.

2.2. Allgemeiner Überblick

Deshalb sollen nun nachstehend die wesentlichsten Fälle der letzten Jahre beispielhaft dargestellt werden. Dabei soll nur eine grobe Gruppierung erfolgen und die entscheidenden

---

22. vgl. Horstmann, aaO, S. 25 und
    vgl. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113
23. vgl. Kaiser, NJW 1971, S.588

Merkmale danach systematisch herausgestellt werden. Daraus ergibt sich ein Überblick über die rechtstatsächliche Situation an Hand dieser aufgezeigten Selbstbeschränkungsabkommen sowie eine gewisse Abgrenzung ähnlicher Problembereiche.

2.2.1. Rechtstatsächliche Situation

Diese Darstellung der rechtstatsächlichen Situation zeigt zugleich die bisher getroffenen Entscheidungswege auf. Dies gilt in direkter Weise für die Praxis, indirekt auf dem Wege der Beeinflussung dieser Ergebnisse aber auch für die Meinungsbildung in Schrifttum und Lehre. Zum einen ist dabei der Weg über eine letztliche Bejahung des § 1 I GWB und die Lösung über die Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB als Ministerkartell beschritten worden, wobei also der Bundeswirtschaftsminister die Entscheidung gefällt hat. In weiteren zahlreichen Fällen wurde mit verschiedenartiger rechtlicher Konstruktion ein Vorliegen des § 1 I GWB durch das Bundeskartellamt verneint. Außerdem ist es bei anderen Gelegenheiten schon gar nicht so weit gekommen und die rechtliche Problematik konnte ungeklärt bleiben, weil sich die zuständigen Stellen überhaupt nicht mit der Frage befaßten oder zu befassen brauchten, aus welchen Gründen nun auch immer. Verschiedene Fälle der letzten Jahre sollen nun unter

diesen Leitgedanken zusammenfassend aufgezeigt werden, wobei die genaue rechtliche Würdigung erst später erfolgen soll.

2.2.1.1. Genehmigung nach § 8 GWB

Von der Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB ist bisher nur sehr wenig Gebrauch gemacht worden. Dabei ist jedenfalls für diese Betrachtung das Kartell zur Finanzierung einer Stillegungsaktion in der Mühlenindustrie in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht weitgehend auszuklammern.[24] Einschlägiger ist schon das Kohle-Öl-Kartell aus dem Jahre 1959.[25] Ausgangspunkt hierfür war der Beginn der Kohlenkrise im Jahr 1958. Zur Bewältigung der Absatz- und Anpassungsschwierigkeiten des inländischen Steinkohlenbergbaus wurden die Einfuhren ausländischer Kohle kontingentiert und ein Kohlezoll erhoben. Da dies nicht ausreichte, versuchte die Bundesregierung eine Kontrolle über das Heizölangebot zu erhalten. In dem sogenannten Kohle-Öl-Kartell vom 20.12.58 schlossen sich 8 Bergbau- und Mineralölunternehmen zum Zwecke zusammen, schweres Heizöl künftig nur noch nach einheitlichen, dem Weltmarktpreis angepaßten Preisen zu verkaufen, keine Umstel-

---

24. WuW/BMW, 1969, 35 ff.
25. WuW/BMW, 1959, 117 f.

lungsbeihilfen zu gewähren und auf die Werbung neuer Abnehmer zu verzichten. Bereits ein knappes Jahr nach der Genehmigung des Bundeswirtschaftsministers nach § 8 GWB am 17.02.1959 scheiterten jedoch diese Maßnahmen, da Außenseiter die Preise der Kartellbeteiligten erheblich unterboten und damit ihren Marktanteil wesentlich vergrößerten.[26] Die weitere Entwicklung in diesem Bereich ist für die Beurteilung nach § 8 GWB nicht relevant, sie wird jedoch später nochmals anzusprechen sein.

Der wohl interessanteste und heftig diskutierteste Fall eines sogenannten Ministerkartells ist der der Zigarettenwerbung aus dem Jahre 1971.[27] Nach gewissen Bemühungen der Bundesregierung, zu Werbebeschränkungen auf dem Zigarettenmarkt zu gelangen, worauf später noch einzugehen sein wird, kam ein solches Selbstbeschränkungsabkommen am 23. 06.1971 zustande. Danach trafen die inländischen Zigarettenhersteller eine Vereinbarung über die Beschränkung der Fernsehwerbung für Zigaretten. Sie verpflichteten sich darin, ihre Fernsehwerbung in der Bundesrepublik einschließlich West-Berlin ab 01.07.1971 zunächst auf eine für jedes Unternehmen genau festgesetzte Anzahl von Werbespots zu

---

26. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113
27. WRP 72, S. 250 ff.

halbieren und ab 01.01.1973 ganz einzustellen. Neben dieser quantitativen Einschränkung wurden auch gewisse qualitative Begrenzungen, insbesondere hinsichtlich der Werbung mit Spitzensportlern, vorgenommen. Mit der Verfügung vom 14.03.1972 erteilte der Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen die Erlaubnis nach § 8 GWB. Dies alles geschah vor dem Hintergrund eines geplanten gesetzlichen Verbots der Fernsehwerbung für Zigaretten, worauf aufgrund der dargestellten Entwicklung dann verzichtet wurde.(28)

2.2.1.2. Behandlung nach § 1 GWB

Als grundlegender Fall einer Behandlung lediglich nach § 1 GWB ist die Doppelsteckerentscheidung vom 20.02.1960 zu nennen.(29) Der Verband Deutscher Elektrotechniker e.V. hat unter Beteiligung aller interessierter Kreise mit Zustimmung der Behörden Vorschriften erlassen und veröffentlicht, die "eine Gefährdung von Leben und Gesundheit von Personen und Nutztieren sowie Brände, Sachschäden und Betriebsstörungen unmittelbar oder mittelbar verhindern sollten".(30) 18 Verbände verpflichteten sich darin vertraglich, ihren

---

28. Hübner, NJW 1972, S. 1651
29. WuW/E, 1960, 145
30. vgl. Hübner, aaO, S. 3

Mitgliedern zu empfehlen, nur noch elektrotechnische Erzeugnisse herzustellen, zu handeln und zu installieren, die den VDE - - Bestimmungen entsprechen. Dabei wurden sehr detaillierte Richtlinien erlassen, die für die angeschlossenen Händler für verbindlich erklärt wurden.(31) Danach wurden besondere, angeblich unsichere Abzweigstecker von einem festgelegten Zeitpunkt ab für unzulässig befunden und diese Doppelstecker verschwanden innerhalb kurzer Zeit vom Markt. Diese Vereinbarungen wurden von allen Beteiligten eingehalten, obwohl die VDE - Bestimmungen nicht als eigentliche Rechtsnormen zu qualifizieren sind.(32) Ergänzend hinzu kam die Empfehlung des "Aktionsausschusses Sichere Elektrizitäts-Anwendung", der den Verbrauchern zum Kauf und zur Benutzung nur von VDE - geprüften Geräten riet.(33) Das Bundeskartellamt überprüfte diese gesamte Übereinkunft in einem Ermittlungsverfahren auf die Vereinbarkeit insbesondere mit § 1 GWB und stellte keine Anhaltspunkte zum Eingreifen fest.(34)

Ähnlich gelagert sind die Vereinbarungen der Unternehmen aus der Automobilbranche, die bereits Ende der fünfziger Jahre unter anderem festgelegt haben, keine gefährlichen Kühler-

---

31. WuW/E, 1960, S. 148 ff.
32. Tetzner, aaO, S. 5
33. vgl. Hübner, aaO, S. 4
34. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.

figuren zu benützen oder keine Fahrzeuge mehr herzustellen, die eine zu große Lärmentwicklung verursachen.[35] Zu diesem Bereich gehören auch die erfolgten Absprachen einiger Firmen, schon vor Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung ihre Automobile serienmäßig, wenn auch manchmal mit einem Aufpreis verbunden, mit Sicherheitsgurten und teilweise auch mit Kopfstützen auszurüsten.[36] Auch hierdurch ist den Abnehmern jeweils die freie Wahl beschränkt worden.

Zur Erläuterung von § 17 der "Allgemeinen Sicherungsvorschriften der Feuerversicherer für Fabriken und technische Anlagen" hat der Verband der Sachversicherer e.V. ein Merkblatt für die Ausrüstung der Betriebe mit Feuerlöschern herausgegeben.[37] Darin ist in § 3 b II S. 2 ASF festgelegt, daß bei Neuabfüllung und Instandsetzung Originalfüllungen und -ersatzteile zu verwenden sind. Diese Normierung ging eindeutig über die gesetzliche Regelung hinaus und wurde Herstellern, Händlern und Verbrauchern bekanntgemacht.[38] Die Folge davon war, daß Absatz von Originalabfüllungen und -ersatzteilen zu Lasten von Herstellern von für verschiedene Fabrikate geeigneten Präparaten ausgeweitet wurde und

---

35. BKartA, Tb 1959, S. 18
36. vgl. Sandrock, aaO, S. 329
37. WuW/E, BKartA 1961, S. 370 ff.
38. Hübner, aaO, S. 7

den Abnehmern die freie Wahl beschnitten wurde.[39]

Ähnlich verhält es sich mit dem Fall des Verbandes des Flüssiggas-Großvertriebe.[40] Dieser hat seinen Mitgliedern geraten, Besitzer von Wohnwagen nicht mehr zu versorgen, deren Flüssiggas-Geräte nicht den Vorschriften und Richtlinien für die Benutzung und Belieferung von Flüssiggasanlagen in Haushalten entsprechen. Da bei Beanstandungen die Besitzer nicht ordnungsgemäßer Geräte nicht mehr mit Flüssiggas beliefert werden sollten, liegt auch diese Maßnahme über der gesetzlichen Regelung und beeinträchtigt aufgrund ihrer Konzeption die Tätigkeit Dritter empfindlich.[41]

Auch der Verband der deutschen Gas- und Wasserwerke fertigte sogenannte "Richtlinien für den Abschluß von Verträgen mit Installationsunternehmen zur Herstellung, Veränderung und Instandsetzung von Gas- und Wasserinstallationen".[42] Danach sollen Arbeiten an Anlagen von Abnehmern der Gas- und Wasserwerke nur durch Installateure durchgeführt werden dürfen, die durch einen besonderen Vertrag zur Vornahme ausdrücklich ermächtigt sind; diese müssen besondere persönliche und

---

39. WuW/E, BKartA 1961, S. 371
40. BKartA, Tb 1964, S. 15 f.
41. Hübner, aaO, S. 8
42. BKartA, Tb 1962, S. 57

sachliche Voraussetzungen erfüllen. Auch diese Maßnahme liegt über der gesetzlichen Regelung und beeinträchtigt aufgrund ihrer Konzeption Dritte, nämlich Außenseiter und Verbraucher, empfindlich.

Zuvor schon wurde auf das genehmigte Ministerkartell der Zigarettenindustrie hingewiesen. Jedoch bereits lange zuvor bemühte sich die Bundesregierung aus gesundheitspolitischen Gründen um eine Einschränkung der Zigarettenwerbung. Diesen Anregungen kam dann die Zigarettenindustrie im Jahre 1966 durch die Vereinbarung qualitativer und quantitativer Werbebeschränkungen nach.(43) Diese Einzelregelungen sind sehr detailliert und lassen wenig Spielraum. So wird der Werberaum in Tageszeitungen und Zeitschriften sowie auf Anschlagsäulen und Tafeln genau begrenzt. Ergänzend kommt hinzu, daß Dauer-außen- und Luftwerbung gänzlich untersagt wurden. Ebenso wurde die Fernsehwerbung auf die Abendstunden nach 19 Uhr beschränkt. Die andere Zielrichtung dieser Vereinbarungen ist das Verbot der Zigarettenwerbung speziell für Jugendliche.(44) Hierzu gehören die zum Zigarettenverbrauch anregenden Darstellungen oder Äußerungen von prominenten Persönlichkeiten und Leistungssportlern, was gerade

---

43. BKartA, Tb 1966, S. 58
44. BT-Drucksache V/1950, S.58

vor dem Hintergrund der Olympischen Spiele 1972 in München geschah.[45] Überhaupt wurde es grundsätzlich untersagt, zu einem übermäßigen Zigarettengenuß aufzufordern oder das Inhalieren des Rauches als besonderen Genuß erscheinen zu lassen.[46] Da die Werbung ein wesentlicher Bestandteil des Aktionsparameters wirtschaftlicher Betätigung ist, schränken solche Vereinbarungen die Freiheit des Wettbewerbes entschieden ein.[47] Dabei sind nicht nur die direkten Marktverhältnisse sondern auch die Werbewirtschaft und die damit verbundenen Werbeträger erheblich tangiert. Bereits lange vor dem genehmigten Ministerkartell wurden die kartellrechtlichen Bedenken und auch die Erörterung der wirtschaftlichen Interessen durch das Bundeskartellamt überprüft.[48]

Auch im zweiten Fall eines Ministerkartells auf dem Kohle-Öl-Bereich spielten weitere Bemühungen zur Selbstbeschränkung eine Rolle. Nach dem wirtschaftlichen Scheitern dieses Sonderkartells versuchte die Bundesregierung mehrere Jahre lang Abreden innerhalb der Mineralölwirtschaft zu initiieren. Dies gelang ihr jedoch erst 1964 unter der Drohung einer Reihe gesetzlicher Maßnahmen.[49] Da-

---

45. Hübner, NJW 1972, S. 1651
46. BT-Drucksache V/1950, S.58
47. WuW/E, BGH 1961, S. 451 ff.
48. vgl. BKartA, Tb 1965, S. 52
49. Biedenkopf, BB 1966, S. 1114

ran beteiligten sich die führenden Mineralöl-Konzerne, deren Gesellschaften 85 % des Heizölmarktes auf sich vereinigten, und die Bundesregierung selbst. Hiermit sollte der Konkurrenzdruck auf den Kohlebergbau gemindert und dessen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Heizöl verbessert werden. Zu diesem Zweck vereinbarten die Gesellschaften, ihr Angebot an schwerem Heizöl auf den jeweiligen Vorjahresverbrauch plus einer Zuwachsrate zu beschränken, die in Abstimmung mit dem Bundeswirtschaftsministerium ermittelt werden sollte.(50) Mit der genaueren Ausarbeitung und Durchführung der Regelungen wurde die "Arbeitsgemeinschaft Erdölgewinnung und -verarbeitung" betraut.(51) Die beteiligten Unternehmen machten ihre Zusagen jedoch davon abhängig, daß es der Bundesregierung gelingen müsse, auch die Außenseiter an diese Vereinbarungen zu binden, ansonsten wären sie in ihren Entschlüssen wieder frei. Soweit bekannt geworden hatte das Bundeskartellamt Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit dieser Vereinbarungen geäußert, die demzufolge jedoch auf Anweisung des Bundeswirtschaftsministers nicht weiter verfolgt wurden.(52) Dies soll aus übergeordneten wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgt sein und auch eine Veröffentlichung nach § 49 GWB unterblieb,

---

50. BKartA, Tb 1965, S. 15
51. Biedenkopf, BB 1966, S. 1114
52. Biedenkopf, BB 1966, S. 1114

weil es nicht als allgemeine Anweisung sondern als Einzelanweisung verstanden wurde. Die Wirkungen waren unterschiedlich und erbrachten nur teilweise den staatlicherseits bezweckten Erfolg, da gerade bei leichtem Heizöl die Außenseiter sehr stark in Erscheinung traten.[53] Da jedoch im Laufe der Zeit das Selbstbeschränkungsabkommen von den Mineralölgesellschaften selbst noch wirkungsvoller gestaltet wurde, wurde letztendlich dadurch sowohl die Expansionsmöglichkeit einzelner Unternehmer als auch die Wahlmöglichkeit der Kunden erheblich eingeschränkt.[54]

Ähnlich gelagert ist auch der Fall der Vereinbarungen einer Expansionspause bei großen Einzelhandelsunternehmen.[55] Dieses verpflichtete die Beteiligten für die Dauer von zweieinhalb Jahren in Städten mit weniger als 200 000 Einwohnern keine neuen Geschäfte zu eröffnen. Damit sollte auf Anregung staatlicher Stellen dem mittelständischen Einzelhandel eine bestandswichtige Hilfe zukommen. Neben den eigentlich Beteiligten wurden damit auch die Marktverhältnisse für die Verbraucher begrenzt.[56]

---

53. Bundesanzeiger Nr. 188 vom 06.10.1965, Bekanntmachung des BMW
54. vgl. Dörinkel, WuW 1966, S. 934
55. BKartA, Tb 1965, S. 15
56. vgl. Dörinkel, WuW 1966, S. 934

Zu diesem thematischen Großbereich gehören weiter die Selbstbeschränkungsabkommen zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen zum Schutz ihrer Heimatmärkte.[57] Hierdurch soll etwa der Preisdruck auf manche Wirtschaftszweige durch billige ausländische Einfuhren gemindert werden. Mit eindeutiger Unterstützung staatlicher Stellen, die im Interesse der eigenen Wirtschaft selbst am Schutz der inländischen Märkte interessiert waren, entstand dadurch ein gewisser gegenseitiger Wettbewerbsverzicht, der sich vor allem für die Abnehmer spürbar negativ bemerkbar machte.[58] Bedeutsam ist eine solche Vereinbarung bei uns vor allem für die Textilindustrie, die durch billige ausländische Einfuhren erheblich gefährdet ist. Solche Einfuhrbeschränkungen und garantierten Mindestpreise stellen eine Art von Bestandsschutz für die gefährdeten Unternehmen dar, mindern jedoch den Wettbewerb beträchtlich.[59]

Nicht ganz vergessen werden können hierbei auch sogenannte Abwehrkartelle.[60] Solche Abreden können auch dazu dienen, Wettbewerbsverzerrungen aus dem Ausland zu verhindern, die durch offene oder versteckte staatliche Subventionen und eventuell auch unterschied-

---

57. BKartA, Tb 1962, S. 48
58. Kartte, DB 1962, S. 1677 ff.
59. vgl. Schüssler, NJW 1962, S. 2275 ff.
60. BKartA, Tb 1962, S. 14 und
    BKartA, Tb 1963, S. 7

liche kartellrechtliche Regelungen eintreten. Diese Bevorzugung inländischer Unternehmen geschieht durch internationale Quotenvereinbarungen und Gebietsschutzabkommen, die allerdings naturgemäß den Wettbewerb nicht unwesentlich einengen.

Mit all diesen Vereinbarungen und Vorkommnissen hat sich das Bundeskartellamt mehr oder weniger ausführlich befaßt und Stellung bezogen. Dazu gehören auch die Regelungen von Geschäftszeiten und Betriebsferien.[61] Derartige Vereinbarungen, wonach Geschäfte einheitlich oder abwechselnd an bestimmten Wochentagen oder zu festen Tageszeiten oder auch in gewissen Zeiträumen schließen, beruhen entweder auf direkten Absprachen der beteiligten Unternehmen selbst oder auf Empfehlungen der zuständigen übergeordneten Unternehmensverbände. Gerade eine einheitliche frühere Schließung von Geschäften im Handwerks- oder Großhandelsbereich oder auch gemeinsame Ruhetage bei Tankstellen und Friseurbetrieben schränken die Möglichkeiten von Abnehmern oder Verbrauchern ein,[62] während Abreden zur Offenhaltung der Geschäfte, etwa zu bestimmten Nachtzeiten, die Konkurrenz innerhalb der Branche mindern. Gleichgültig, ob dies nur Gelegenheitsabreden oder ständig

---

61. BKartA, Tb 1959, S. 18
62. WuW/E, BKartA 1961, S. 339 f.

wiederkehrende Vereinbarungen sind, ob sie nur lokale Bedeutung haben oder auf Bundes- oder Landesebene relevant sind,[63] so bewirken sie doch immer eine Beschränkung des Wettbewerbes. Gerade bei solchen Vereinbarungen ist jedoch auf die Grenze zum arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich dieses Gesetzes zu achten, der dann beginnt, sobald es sich um die inhaltliche Ausgestaltung eines Arbeitsmarktverhältnisses handelt, was nachfolgend noch näher erläutert werden wird.

Selbstbeschränkungsabkommen sind in den letzten Jahren auch auf dem Arzneimittelsektor festzustellen.[64] Der größte Teil der deutschen Arzneimittelhersteller ist in dem Bundesverband der pharmazeutischen Industrie e.V. zusammengeschlossen. Dieser hat seit 1961 durch Richtlinien und Beschlüsse seinen Mitgliedern Verpflichtungen auferlegt, die teilweise über das gesetzliche Maß hinausgingen.[65] Strenge Vorschriften bestehen besonders hinsichtlich der Richtlinien für die Arzneimittelwerbung. Sie enthalten allgemeine Regeln, aber auch besondere Hinweise für die Werbung bei Ärzten und im Publikumsverkehr. Das Bundeskartellamt hat sie hinsichtlich von Wettbewerbsregeln überprüft und bestätigt.[66]

---

63. Rehbinder, BB 1964, S. 895 ff.
64. Hasskarl, NJW 1972, S. 1501 f.
65. Lukes, NJW 1972, S. 121 ff.
66. Vgl. Bundesanzeiger Nr.64 vom 02.04.1971 und Bundesanzeiger Nr. 135 vom 27.07.1971

Verstöße gegen diese Richtlinien werden aufgrund einer besonderen Verfahrensordnung geregelt und können selbst zu einem Ausschluß aus dem BPI führen. Zweifellos ist durch diese Maßnahmen ein wesentliches Aktionsparameter im Wettbewerb auf dem Arzneimittelsektor teilweise eliminiert.

2.2.1.3. Sonstige Beispielsfälle

Daneben gibt es jedoch noch eine Reihe von mehr oder weniger gewichtigen Beispielsfällen, ohne daß sich die zuständigen Stellen hiermit eingehend in dieser Hinsicht befaßt hätten. Dabei soll zunächst nochmals auf die vorgenannte Arzneimittelbranche eingegangen werden. Besonders seit den Contergan-Vorfällen hat sich die pharmazeutische Industrie eine weitere Selbstbindung bezüglich Herstellung und Vertrieb auferlegt. Der BPI hat gerade seit Ende der sechziger Jahre seinen Mitgliedern gegenüber verschärfte Bestimmungen erlassen.(67) Dies betrifft besonders seit 1969 die Meldung von Nebenwirkungen von Arzneimitteln, soweit sie dem Hersteller bekannt geworden sind. Auch die von der Weltgesundheitsorganisation im selben Jahr erlassenen Bestimmungen bezüglich optimaler Bedingungen bei der Herstellung

---

67. Hasskarl, NJW 1972, S. 1501

von Arzneimitteln sind von der BPI kurz darauf für verbindlich erklärt worden.

Innerhalb des wirtschaftlichen Bereichs ist dabei zunächst einmal weiter an die Preisabsprachen von Unternehmen zu denken, bei denen zugunsten der Verbraucher die Preise herabgesetzt oder bestimmte Höchstpreise gemeinsam festgesetzt werden.[68] Dies kann sowohl mit einer Verknappung bestimmter Produkte als auch mit einem staatlich angeregten Verbraucherschutz zusammenhängen. Solche Beispielsfälle dürften vor allem zu Krisenzeiten relevant werden.

Ein ähnliches Problem stellen die Orientierungsdaten dar, die im Rahmen der konzertierten Aktion erlassen worden sind.[69] Gerade hier wird der staatliche Einfluß nebst den Abreden von ganzen Wirtschaftszweigen und den verschiedensten Organisationen besonders augenfällig.

Auch im Bereich der Werbung sind solche Konstellationen des öfteren anzutreffen. So haben die in der Bundesrepublik tätigen Treibstoffkonzerne vor vielen Jahren einmal vereinbart, vor ihren Tankstellen an den Straßen zur besseren Übersichtlichkeit in jeder Richtung nicht mehr als drei Hinweisschilder

---

68. Sandrock, aaO, S. 330 ff.
69. Biedenkopf, BB 1968, S. 1009

aufzustellen.[70] Wegen der beschränkten Konkurrenzmöglichkeiten auf diesem Sektor, bedeutet gerade dies eine gewisse Einschränkung der Wettbewerbsmöglichkeiten.

Es gibt aber auch noch Sachverhalte, die als Mischformen zu bezeichnen sind und die nur am Rande eine kartellrechtliche Problematik im Hinblick auf Selbstbeschränkungsabkommen aufweisen. Dabei ist einmal an den Zentralausschuß der Werbewirtschaft e.V. zu denken, dessen Aufgabe unter anderem darin besteht, "durch Selbstdisziplin in den eigenen Reihen die Voraussetzungen für eine reibungslose Durchführung des Werbegeschäftes zu schaffen sowie auf eine in Form und Inhalt lautere und vorbildliche Werbung hinzuwirken, um Auswüchse und Mißbräuche zu vermeiden".[71] Die Tätigkeit dieser Organisation, deren Mitglieder irgendwie mit der Werbebranche zusammenhängen, interessiert hier jedoch nur insoweit als sie auf den zulässigen Wettbewerb bezogen ist. Hierzu gehören etwa die in der Praxis wichtigen Empfehlungen,[72] verunstaltende und häßliche Werbung zu unterlassen, verkehrsgefährdende Außenwerbung zu verhindern, gegenstandslos gewordene Reklame zu beseitigen und bei der Errichtung von Werbeanlagen überhaupt auf das Stadt-

---

70. Gleiss-Hootz, NJW 1962, S.392
71. vgl. Hübner, aaO, S. 20, unter Hinweis auf die Satzung des ZAW
72. Lieberknecht, MA 1958, S.231

und Naturbild Rücksicht zu nehmen.

Ähnlich verhält es sich mit der Tätigkeit des Deutschen Presserates, der das Pressewesen allgemein umfaßt und die Aufgabe hat, diesbezügliche Mißstände festzustellen und zu beseitigen.[73] Kartellrechtlich relevant sind hierbei aber nur Empfehlungen, die unmittelbar in den Wettbewerb zwischen den Verlagen eingreifen, also etwa die Abonnentenwerbung oder den direkten Verkauf betreffen. Außerdem sind diese Einwirkungen überwiegend moralischer Art.

Ebenfalls hierher gehört die im Jahre 1966 neu gegründete Institution der "Selbstkontrolle Illustrierter Zeitschriften".[74] Darin haben sich mehrere Zeitschriftenverlage zusammengeschlossen und wollen dadurch für "die Vermeidung jugendgefährdender Darstellungen in den Illustrierten Zeitschriften" Sorge tragen. Zur Erreichung dieses Zieles hat die SIZ Richtlinien erlassen und Empfehlungen ausgegeben, die zwar nicht unbedingt befolgt werden müssen, bei Verstößen dagegen ist jedoch mit empfindlichen Sanktionen zu rechnen.[75] Soweit sich die Zeitschriften inhaltlich im gesetzlich zulässigen Rahmen bewegen, ist davon auch der kartell-

---

73. Löffler, aaO, S. 150
74. Löffler, aaO, S. 152 f.
75. Hübner, aaO, S. 12 f., unter Hinweis auf die Satzung der SIZ

rechtlich relevante Wettbewerb betroffen,[76] da die Möglichkeiten der Nachfrager beschränkt werden und zumal gerade solche Veröffentlichungsmöglichkeiten einen für den Wettbewerb maßgeblichen Parameter darstellen.

Weiter ist in diesem Zusammenhang noch an die "Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft" zu denken, die verhindern soll, daß Filme gezeigt werden, die auf die Bevölkerung negative Einflüsse auf moralischem, religiösem und politischem Gebiet ausüben könnten.[77] Danach dürfen praktisch nur noch Filme gezeigt werden, die von der FSK freigegeben worden sind. Dabei ist jedoch auch hier zu beachten, daß von Selbstbeschränkungsabkommen nur insoweit gesprochen werden kann, als sich alle Filme im gesetzlich erlaubten Rahmen bewegen.[78] Eine kartellrechtliche Bedeutung ist jedoch nicht gegeben, wenn es sich um einen nicht zulässigen Wettbewerb handelt.

2.2.2. Abgrenzungen

Gerade die vorgenannten Beispiele zeigen deutlich auf, daß gerade bei sogenannten

---

76. vgl. WuW/E, BGH 1964, S. 605 ff.
77. Hübner, aaO, S. 16 f.
78. vgl. Sandrock, aaO, S. 320

Mischformen oder bei Konstellationen, die nur am Rande mit dem Kartellrecht zu tun haben, Abgrenzungen unbedingt erforderlich sind. Unlauterer oder verbotener Wettbewerb ist in keinem Fall durch das GWB geschützt. Absprachen und Vereinbarungen jeglicher Art, die einen solchen Wettbewerb unterbinden sollen, fallen niemals unter das Kartellverbot.[79] Das GWB nimmt hierbei Bezug auf das UWG sowie weitere entsprechende Gesetze und begrenzt damit seinen Anwendungsbereich hinsichtlich des lauteren und gesetzlich zulässigen Wettbewerbes.

Dies betrifft zum einen die Richtlinien des Zentralausschusses der Werbewirtschaft e.V., die in weiten Bereichen nahezu deckungsgleich mit den gesetzlichen Vorschriften sind.[80] Ähnliches gilt für Randerscheinungen von Resolutionen des Deutschen Presserates,[81] soweit sich diese an die in Art. 5 I S. 2 GG verankerte Pressefreiheit anlehnen und praktisch einen entsprechenden Ehrenkodex bilden. Augenscheinlich wird diese Abgrenzung bei den Maßnahmen der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft. Hier greift nun das durch Art. 5 III S. 1 GG gewährleistete Grundrecht der Freiheit der Kunst ein, was sich jedoch nur

---

79. Rinck, aaO, Rdnr. 1028
80. vgl. Sandrock, aaO, S. 320
81. vgl. Löffler, aaO, S. 150 ff.

innerhalb der Schranken der anderen Grundrechte und konkretisierender grundgesetzlich verankerter institutioneller Garantien bewegt.[82] Soweit sich die FSK streng an ihre Richtlinien hält, bleibt ihre Tätigkeit praktisch stets in diesem Rahmen, womit nur der unlautere Wettbewerb betroffen wäre und damit das Kartellrecht gar nicht relevant ist. In Randgebieten könnte dies auch noch für die Richtlinien der Selbstkontrolle Illustrierter Zeitschriften gelten, jedoch ist hierbei zu beachten, daß es sich bei den einschlägigen Normen des StGB und entsprechender Gesetze vorwiegend um Vertriebs- und Werbebeschränkungen nach Durchführung eines bestimmten Verfahrens handelt, daß diese Veröffentlichungen aber nicht absolut verboten sind. Deshalb liegt hier nur in Ausnahmefällen ein unzulässiger Wettbewerb vor.[83]

Ein weiterer nötiger Bereich der Abgrenzung ist derjenige zum Arbeitsrecht. Hierzu sind vor allem die Fälle der Streikhilfe- und Solidaritätsabkommen zu erwähnen.[84] Darin verpflichten sich Unternehmen, einem bestreikten Konkurrenzunternehmen Hilfe zu leisten. Dies kann durch Verzicht auf die Abwerbung von Kunden oder auf die Erhöhung

---

82. Hesse, aaO, S. 153 ff. und NJW 1955, S. 1203 f.
83. vgl. Hübner, aaO, S. 13
84. BKartA, Tb 1962, S. 52 f.

des eigenen Marktanteils geschehen und verbunden sein mit aktiver Hilfe.[85] Solche direkte Unternehmervereinbarungen sind jedenfalls insoweit von der hier vorliegenden Thematik auszunehmen, als sie in den sogenannten arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich des GWB fallen. Dies gilt anerkanntermaßen dann, wenn es um die Gestaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen geht und nur der innerbetriebliche Bereich erfaßt wird.[86] Mit dem GWB war nämlich nie beabsichtigt, in die arbeitsrechtliche Koalitionsfreiheit und in die Tarifautonomie einzugreifen.[87] Voraussetzung ist jedoch stets, daß sich die Abrede ausschließlich und unmittelbar auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezieht, es sich also um eine Regelung handelt, die Gegenstand eines normativen Teils eines Tarifvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder eines Arbeitsvertrages sein könnte. Mittelbare Auswirkungen auf den Markt werden dabei grundsätzlich in Kauf genommen.[88] Die Unternehmer dürfen sich aber nicht unter Überschreitung ihrer Arbeitgeberfunktion zu marktrelevantem Verhalten verpflichten und Dinge regeln, die den einzelnen Arbeitnehmer nur noch mittelbar berühren. So fallen in diesen arbeits-

---

85. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 60
86. WuW/E, BKartA 1961, S.339 ff. und WuW/E, BKartA 1962, S.502 ff.
87. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 20 und Müller-Griess-Giessler, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 20
88. Rehbinder, BB 1964, S. 900 f.

rechtlichen Ausnahmebereich etwa auch Abreden über Geschäftszeiten und Betriebsferien, soweit nichts anderes als eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse dadurch erreicht wird. Wird jedoch gleichzeitig von den Vertragsparteien beabsichtigt, ein Marktverhalten zu regeln, so ist die Grenze zu § 1 GWB überschritten.[89] Ist also hiermit etwa gleichzeitig die Unterbindung eines sogenannten Außenseiterwettbewerbes verknüpft, so ist damit das Verhältnis konkurrierender Unternehmen direkt geregelt und sind dadurch die Wahlmöglichkeiten der Kunden verringert. Da damit dann eine direkte Marktbeeinflussung vorliegt, ist auch § 1 GWB gegeben.

Entscheidendes Merkmal ist also, ob durch solche Vereinbarungen das spezifische vertikale Arbeitgeber - Arbeitnehmerverhältnis betroffen wird, was durchaus auch bei direkten Vereinbarungen konkurrierender Unternehmer der Fall sein kann. In diesen arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich fallen also nicht nur die vorgenannten, die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses betreffende Absprachen über Geschäftszeiten und Betriebsferien sondern auch entsprechend ausgestaltete Streikhilfeabkommen.[90] Dies gilt im großen

---

89. Fikentscher, WuW 1960, S. 680 f.
90. Reimann, WRP 1962, S. 154

und ganzen nicht für die sogenannten Solidaritätsabkommen, die in Notstandsfällen geschlossen werden, insbesondere dann, wenn infolge Warenersatzlieferungen nicht der Arbeitnehmerschutz sondern eine Kundengarantie bezweckt ist.[91] Die Absprache des Unterlassens des Abwerbens von Kunden unterliegt somit stets dem Kartellamt. Damit sind die für die Problematik des Themas der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen wohl wesentlichsten beiden Grenzziehungen, nämlich einerseits zum unlauteren Wettbewerb und andererseits zum Arbeitsrecht, dargelegt und die Diskussion genügend eingeengt und konkretisiert.

2.2.3. Entsprechende ausländische Kartellrechtsprobleme am Beispiel der USA

Ehe man zu einer Systematisierung dieser Konstellationen gelangt, sollte noch ein kurzer Blick über die Grenzen Deutschlands geworfen werden. Die Gesetzgeber in den europäischen Staaten haben mitunter sehr verschiedene Positionen bezogen, die sich, grob eingruppiert, als überwiegend dem Mißbrauchsprinzip oder mehr dem Verbotsprinzip folgend charakterisieren lassen, auch je nach dem, ob dem Wert oder Unwert der Konzentration der Vorrang gegeben wird.[92] Besondere gesetzliche Rege-

---

91. Reimann, WRP 1962, S. 154
92. Rinck, aaO, Rdnr. 751

lungen für staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen sind jedoch nirgends ersichtlich. Dies gilt sowohl für Großbritannien hinsichtlich des Restrictive Trade Practies Act von 1956 und dem Monopolies and Mergers Act von 1965 als auch bezüglich Frankreich mit seinem System der Planification und seinen Institutionen der économie contractuelle und des contract économique.[93] Am ergiebigsten und fruchtbarsten erscheint noch, diese entsprechenden ausländischen Kartellrechtsprobleme am Beispiel der USA aufzuzeigen, nicht zuletzt wegen deren wirtschaftlicher Macht und der Fülle der Kontakte zu der Bundesrepublik Deutschland.

2.2.3.1. Geschichtlicher Rückblick

Die USA besitzen eine der am weitestgehendsten kartellrechtlichen Regelungen. Der Sherman Act vom 02.07. 1890[94] verbietet in sect. 1 jeden Vertrag, jeden Zusammenschluß und jedes vereinbarte Zusammenwirken zur Beschränkung einer gewerblichen Betätigung. Sect. 2 verbietet die Monopolisierung irgend einer gewerblichen Tätigkeit, worauf aber hier nicht näher einzugehen ist. Insgesamt sind damit sowohl Kartelle als auch abgestimmte Wettbewerbsbe-

93. vgl. Markert, WuW 1965, S. 199 und vgl. Toeche-Mittler, aaO, S. 59
94. vgl. Sangmeister, aaO, S. 130

schränkungen untersagt, womit praktisch jede Wettbewerbsbeschränkung für rechtswidrig erklärt ist. Wegen der Werte dieser Bestimmungen blieb ihre genaue inhaltliche Fixierung den Gerichten überlassen, so daß das amerikanische Antitrustrecht weitgehend zum Richterrecht wurde.[95]

Bereits Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts wurden verschiedene Versuche einer ersten per-se-Regel unternommen,[96] die jedoch noch zu keiner endgültigen Interpretation führten. Im Jahre 1909 wurde dann aber im Senat ein Gesetzesvorschlag eingebracht, wonach der Sherman Act durch die Einführung einer rule of reason ergänzt werden sollte, was aber abgelehnt wurde. Der Supreme Court durch Ch. J. White erklärte dann aber unter Umgehung des Gesetzgebers in der berühmten Standard Oil- and American- Tobacco- Entscheidung die rule of reason zur allgemeinen Auslegungsregel des Sherman Acts.[97] Danach ist der wettbewerbsbeschränkende Charakter einer Abrede oder eines Verhaltens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere nach Zweck, Natur und Wirkungen, aber auch hinsichtlich aller wirtschaftlich relevanter Faktoren zu prüfen; verboten sind also nur

---

95. Frankf. Kom., aaO, Einl., Anh. A 1
96. Sangmeister, aaO, S. 9 f. und 13 f.
97. Friedrich, aaO, S. 86 f. und Sangmeister, aaO, S. 16 f.

solche Handlungen, die den Wettbewerb, "unreasonable or undue", das heißt unvernünftig oder ungebührlich, beeinträchtigen und dem allgemeinen Wohl abträgliche Mißstände zur Folge haben können.[98] Ausgangsbasis dieser Überlegungen war, daß der Sherman Act eigentlich eine Weiterentwicklung des common law darstellte und daß deshalb § 2 Sh.A. auch zur Auslegung des § 1 Sh.A. heranzuziehen sei, womit unter § 1 Sh.A. nur ein Verhalten falle, das die gleichen Nachteile wie ein Monopol für den Wettbewerb mit sich bringe.[99] Im Laufe der Zeit hätten sich Formen mißbräuchlichen Handelns entwickelt, die denen eines Monopols vergleichbar seien. Deshalb sei dem Richter ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, zu dessen Ausfüllung der Sherman Act aber keinen Maßstab anbiete, so daß auf diese im common law entwickelte rule of reason zurückzugreifen sei. Damit war jedoch nicht, wie zuvor öfters angesprochen, eine vernünftige Auslegung gemeint, nach der alles anerkannt werden sollte, was irgendwie vorteilhaft war, denn der Inhalt der rule of reason war durch den Gesetzeszweck selbst begrenzt. Sangmeister merkt hierzu jedoch kritisch an, daß eigentlich unbestimmt war, ob auf Englands oder Amerikas common law oder gar auf beide zu-

---

98. Schmidt, USA, aaO, S. 99
99. vgl. Sangmeister, aaO, S. 17
mit weiteren Verweisen

rückgegangen werden soll und daß das common law eigentlich nur die zivilrechtliche Seite betraf, während der Sherman Act weitgehend als Strafbestimmung ausgestaltet war.[100] Dieser Ausspruch der rule of reason wurde aber grundlegend für die weitere Auslegung des Sherman Acts.

Allerdings begann bald darauf ein heftiger Meinungsstreit darüber, wobei die Anti--Trust-Anhänger eine erhebliche Schwächung des Gesetzes forderten, während seitens der Wirtschaft im Sinne der Rechtssicherheit eine Präzisierung der Verbotstatbestände gefordert wurde.[101] Eine diesbezügliche Klärung brachten dann im Jahre 1914 der Federal Trade Commission Act und der Clayton Antitrust Act, worin insbesondere auch die Errichtung einer besonderen Verfolgungsbehörde angeordnet wurde.[102] Diese Gesetze enthielten zwar einige weitere Verbote wettbewerbsbeschränkender Praktiken, ließen aber die Grundsätze der Entscheidung aus dem Jahre 1911 unangetastet. Dies geschah erst durch die nachfolgende Rechtsprechung, als der Supreme Court erneut seine per-se-Doktrin entwickelte. Ohne daß es im Einzelfall einer Prüfung der Vernünftigkeit bedarf, sind danach gewisse wettbewerbsbeschränkende Handlungen als rechtswidrig

---

100. Sangmeister, aaO, S. 20 f.
101. vgl. Schmidt, USA, aaO, S. 117
102. vgl. Sangmeister, aaO, S. 130

anzusehen, wenn sie zu einer der von den Gerichten zusammengestellten Gruppen von per-se-Verstößen gehören.

2.2.3.2. Moderne Rechtsanwendung

Daraus hat sich die moderne per-se-Regel entwickelt, die jedoch im Ansatz noch auf der Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahre 1911 basiert.(103) Danach gelten im Rahmen des § 1 Sh.A. heute etwa allgemein als verboten Preisvereinbarungen, Kunden- und Gebietsabsprachen, Abreden zwischen Wettbewerbern über Produktionsbeschränkungen und Gewinn- und Verlustpoolungen, Gruppenboykotte, vertikale Preisbindungen, Kopplungsgeschäfte sowie Kunden- und Gebietsbeschränkungen.(104) Sowohl die rule of reason als auch die per-se-Regel haben im Laufe der Jahre im amerikanischen Antitrustrecht entscheidende Bedeutung gewonnen, wobei mitunter nur die Gefahr bestand, daß sie blindlings und ohne die notwendigen Abwägungen angewandt wurden. Das per-se-Konzept, das die eigentliche Verfeinerung der rule of reason darstellen soll, gilt gerade in besonderem Maße für die sogenannten loose-knit agreements womit, im amerikanischen Antitrustrecht solche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gemeint

---

103. Callmann, WuW 1970, S. 410
104. vgl. Sangmeister, aaO, S. 29

sind, die zu einer lockeren Verbindung der Beteiligten unter Fortbestand ihrer rechtlichen Selbständigkeit führen und in der Regel eine Benachteiligung der Allgemeinheit oder den Ausschluß von Konkurrenten am Wettbewerb mit sich bringen. Dies ist also gerade der Bereich, in dem Selbstbeschränkungsabkommen auftreten können. Es hat sich jedoch gezeigt, daß noch immer eine einheitliche per-se-Regel fehlt und gerade die Rechtfertigungsvoraussetzungen für Kartelle stets in gewissem Umfange umstritten blieben. Eindeutig erkennbar ist aber, daß sich der Anwendungsbereich dieser per-se-Regel ständig ausgeweitet hat, so daß immer mehr Verhaltensweisen für grundsätzlich unzulässig erklärt wurden. Daneben hat sich auch deren Funktion insoweit geändert, als daß dadurch eine unwiderlegliche Vermutung der Unangemessenheit dieser bestimmten Verhaltensweise besteht.[105] Der Richter prüft also nur noch, ob der Tatbestand einer schlechthin verbotenen Handlung erfüllt ist, was allerdings nur dann gelten kann, wenn die Motive und Absichten der Beteiligten klar ersichtlich sind. Ansonsten jedoch ist eine ausführliche Marktanalyse auch im per-se-Bereich nötig. Gerade in solchen Fällen tritt eine Überschneidung mit der Anwendung der rule of reason ein, da normalerweise die Entbehr-

---

105. vgl. Sangmeister, aaO, S. 93 ff.

lichkeit des Unwerturteils den charakteristischen Unterschied zum per-se-Konzept ausmacht. Allerdings ist bei ersterem die Marktanalyse zwar ein bedeutendes, aber nicht das einzige Element der Urteilsbildung. Die prozessualen Vorzüge einer per-se-Regel zeigen sich deshalb darin, daß langwierige und kostspielige Verfahren vermieden werden und die Gerichte aufgrund summarischer Sachbehandlung entscheiden können. Damit führt die per-se-Regel einerseits zu weitgehender Rechtssicherheit, andererseits aber auch zu einer Benachteiligung der Betroffenen, die möglicherweise bestehende besondere Gesichtspunkte ihres Einzelfalles nicht geltend machen können. Jedoch auch der Rechtssicherheit sind Grenzen gesetzt, da zur Festlegung der formellen und materiellen Voraussetzungen einer solchen richterlichen per-se-Regel zunächst ein gewisser Erfahrungsstand erreicht werden muß, um sichere Festlegungen zu treffen und zahlreiche Ausnahmen zu verhindern. Ausgangspunkt dieser Festlegungen muß dabei das sein, was als Schutzgut des Sherman Acts angesehen wird. Dies war zunächst nur der Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbes, wurde später jedoch immer wieder von den bereits angesprochenen Rechtfertigungsgründen durchbrochen, die durch das öffentliche Interesse geboten waren. Die Anwendung dieses Maßstabs durch den Supreme Court hat jedoch in der Literatur immer wieder zu Kritik geführt, insbesondere, daß wirtschafts-

wissenschaftliche Erkenntnisse vernachlässigt würden.[106] Daraus wird der Schluß gezogen, daß die per-se-Regeln nur bedingt geeignet sind zum Schutze des Wettbewerbes, eben auch weil nicht alle relevanten Umstände im Einzelfall geprüft werden können und die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung nicht immer mit den hinter dem Wettbewerbsschutz stehenden Zielen in Einklang gebracht werden kann.[107] Trotz allem ist der Supreme Court nicht der Meinung gefolgt, daß der Richter nicht unbedingt an die Anwendung der per-se-Regel gebunden ist, sondern hat sie im bekannt gewordenen Topco-Urteil gleichsam zu Gesetzesrang erhoben.[108] Darin ist sogar ausdrücklich gesagt worden, daß die Anwendung der rule of reason möglicherweise eine andere Entscheidung gebracht hätte. Damit zeigt sich, daß das per-se-Konzept nicht mehr wie ursprünglich gedacht als eine Verfeinerung der rule of reason gelten kann, sondern sich hiervon losgelöst hat und sogar im Gegensatz dazu stehen kann. Es zeigt sich demnach, daß die zur Rechtssicherheit gedachten ausdrücklichen per-se-Regeln für die Wirtschaft in die eindeutige negative Vorhersehbarkeit umgeschlagen sind und daß nach Sangmeister

---

106. Callmann, WuW 1970, S. 416
107. vgl. Schmidt, USA, aaO, S. 30 ff.
108. Sangmeister, aaO, S. 104 f.

intensive Formen der Zusammenarbeit oft wesentlich milder beurteilt werden als die losen vertraglichen Vereinbarungen.[109] Alles in allem bietet damit die rule of reason eine sachgerechtere Lösungsmöglichkeit, da in Grenzfällen das Gericht gezwungen gewesen wäre, den Sachverhalt eingehend zu prüfen.

2.2.3.3. Praxisbereiche

Festzustellen ist nunmehr, wie sich diese Rechtsgrundsätze in den USA auf staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen ausgewirkt haben. Auch hier ist der markanteste Beispielsbereich der der Exportselbstbeschränkungsabkommen.[110] Als Beispielsfall soll derjenige aus der Stahlindustrie dienen.[111]

Ausgangspunkt war die Tatsache, daß die Stahlimporte in die USA von 1958 bis 1968 um etwa das 10-fache stiegen. Dies zeigte negative Auswirkungen auf die inländische Stahlindustrie, der staatlicherseits große Bedeutung für die Wirtschaft in Friedenszeiten und für die Sicherheit der Nation in Krisenzeiten begemessen wurde. Da man diese Probleme jedoch nur für vorüber-

---

109. Sangmeister, aaO, S. 106
110. Ullrich, AWD 1974, S. 358
111. RIW/AWD 1975, S. 104 ff.

gehender Natur hielt, gab man einer kurzfristigen Lösung den Vorzug. Förmliche, vertraglich ausgehandelte Einfuhrbeschränkungen mit den ausländischen Regierungen, insbesondere Japan und den EWG-Ländern, wurden beidseits für politisch nicht opportun erachtet, so daß die amerikanische Exekutive 1968 freiwillige Importbeschränkungsmaßnahmen der ausländischen Unternehmen anregte, um die Belastungen der inländischen Industrie zu mindern. So kam auch eine Höchstmengenvereinbarung bezüglich der Einfuhr in den Jahren 1969 bis 1971 zustande. Auf Druck der inländischen Stahlindustrie und deren Interessenvertreter erreichte der amerikanische Präsident im Jahre 1972 eine Verlängerung bis 1974. Die amerikanische Regierung förderte und verlangte nicht nur dieses Abkommen, sondern übernahm auch die Regelung der wesentlichen Koordinierungsfragen.

Hiergegen klagte der amerikanische Verbraucherverband Consumers Union wegen Verletzung der amerikanischen Antitrustgesetze. Zum einen wurde ein Feststellungs- und Unterlassungsurteil in bezug auf eine angeblich vorliegende Verletzung von § 1 Sh.A. begehrt, dieser Anspruch wurde jedoch später bindend zurückgezogen.[112] Aufrechterhalten wurde nur noch der Anspruch

---

112. AWD 1973, S. 334

des rechtswidrigen Vorgehens des Außenministeriums, da kein Mitglied der Exekutive und auch nicht der Präsident befugt sei, die eingetretenen Beschränkungen im Außenhandel zu vereinbaren oder daran mitzuwirken. Dieser Bereich sei nach der Verfassung des Kongresses in Verbindung mit dem Trade Expansion Act nur dem Kongress vorbehalten, so daß keine Restbefugnis des Präsidenten verbleibe. Diese beiden speziellen Gesetze hätten mögliche allgemeine Rechte des Präsidenten nach Art. II der Verfassung beseitigt. William Rodgers führte in der Verfügung des District Court for the District of Columbia vom 08. 01. 1973 aus, daß ein so wenig vorhersehbares Gesetz wie der Sherman Act nicht den Zweck haben könne, die Befugnisse des Präsidenten im Außenhandel auszuschließen. Zwar sind dessen Rechte durch die vorgenannten Regelungen eingeengt, aber nicht ausgeschaltet worden, da dazu eine weitaus explizitere gesetzliche Regelung erforderlich gewesen wäre. Gleichzeitig wird aber auch festgestellt, daß der Präsident nicht befugt war, festzustellen, daß ein, ob schon von ihm selbst angeregtes Verhalten nicht den Sherman Act oder damit zusammenhängende Gesetze verletze, oder eine entsprechende Freistellung zu erteilen. Der Exekutive habe niemals das Recht zugestanden, Bereiche der Wirtschaft zu kartellieren. Damit stellt das Gericht eindeutig fest, daß

die Exekutive nach der Verfassung und den vom Kongress erlassenen Gesetzen nicht befugt ist, eine solche Freistellung von den Antitrustgesetzen zu erteilen und daß diese staatlich angeregten Selbstbeschränkungsabkommen auch nicht freigestellt sind. Ein solches Vorgehen wäre nur zulässig, soweit keine gesetzlichen Verstöße vorliegen.

Dieses erstinstanzliche Urteil ist jedoch vom Circuit Court, District of Columbia, am 11. 10. 1974 in gewissem Sinne korrigiert worden.[113] Es spricht eindeutig aus, daß der Präsident der Vereinigten Staaten befugt ist, sich nach eigenem Ermessen am Zustandekommen und an der Durchführung von Selbstbeschränkungsmaßnahmen in- und ausländischer Unternehmen zu beteiligen, deren Gegenstand die freiwillige Kontingentierung von Exporten nach den USA ist. Aus den vorgenannten Gesetzen wird das Ziel des Kongresses deutlich, dem Präsidenten zum Gebrauch in näher umschriebenen Fällen und zur Förderung ausdrücklich festgestellter Zwecke gesetzgeberische Befugnisse zu verleihen. Im vorliegenden Fall hat er nach diesem Urteil davon aber gar keinen Gebrauch gemacht und brauchte sich damit auch nicht an die vorgeschriebenen Verfahrensregeln zu halten. Bei diesem Abkommen wurden danach

---

113. RIW/AWD 1975, S. 104 ff.

aber von allen Seiten nur Absichtserklärungen abgegeben, die mit keinerlei Sanktionen verknüpft sind. Weder der Kongress noch der Präsident sind gehindert, die ihnen gesetzlich gegebenen Möglichkeiten zu weiteren Maßnahmen wahrzunehmen, sobald dies das staatliche Interesse erfordert. Daran änderten auch die detaillierten Regelungen nichts, die demzufolge nur das Risiko der beteiligten Unternehmen eingrenzen sollten. Maßnahmen der vorliegenden Art werden danach von der Frage der abschließenden Gesetzesregelung durch den Kongress überhaupt nicht betroffen, da dies, wie zuvor festgestellt, hier gar nicht gegeben ist und die treue Ausführung der Gesetze sowieso Pflicht des Präsidenten ist.

Ein solches Ergebnis wäre in der Bundesrepublik angesichts des durch Art. 19 IV GG geprägten Staatsverständnisses und bestehender Kartellgesetze wohl kaum denkbar.(114) Jedoch auch in den Vereinigten Staaten ist dieses Urteil nicht ohne Kritik geblieben, da es schwerlich mit dem demokratischen Gedanken des check and balance vereinbar ist. Dies kommt auch in der abweichenden Meinung zur Mehrheitsentscheidung von Judge Leventhal zum Ausdruck. Seine Kritik setzt zunächst daran ein, daß keine bindenden Erklärungen abgegeben

114. Ullrich, RIW/AWD 1975, S. 107

worden seien, da private Unternehmen nicht ohne Zusicherungen auf einen ertragreichen Markt verzichteten und seitens des Staates genügend faktische Sanktionsmöglichkeiten bestünden. Unter dieser Prämisse wird die staatliche Beteiligung an dem Selbstbeschränkungsarrangement für rechtswidrig gehalten, weil die Handlungsmöglichkeiten der Exekutive erschöpfend geregelt waren auf der Grundlage einer umfassenden Reihe von Außenwirtschaftsgesetzen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die präsidialen Abmachungen noch nicht die Schwelle von Absichtserklärungen überschritten hätten.

Zur Frage der ausgesprochenen kartellrechtlichen Beurteilung ist aber nirgends ausführlich Stellung genommen worden. Folgt man der Mindermeinung, so wird die Ansicht vertreten, daß mit der Bindungswirkung der Erklärungen auch dem Staat die Möglichkeit genommen ist, diese Vereinbarung kartellrechtlich anzugehen.(115) Dies würde dann eine ausgesprochene, grundsätzliche Legitimation von solchen Selbstbeschränkungsabkommen als Mittel staatlicher Wirtschaftspolitik bedeuten. Die Mehrheitsmeinung jedoch konnte diese Fragen offen lassen, obgleich der Hinweis in der Begründung enthalten sein könnte, daß der Sherman Act auch binnen-marktwirksame Wettbewerbsbeschränkungen im Außenhandel verbietet,

---

115. Ullrich, RIW/AWD 1975, S. 108

so daß die Exekutive ihre Mithilfe hätte unterlassen oder sogar einschreiten müssen.

Danach also erst wäre die Frage der rule of reason und der per-se-Regeln akut geworden. Für eine solche Beurteilung fehlen die ausreichenden Sachverhaltsgesichtspunkte. Aufgrund der vorangegangenen Darstellung des amerikanischen Kartellrechts dürfte aber feststehen, daß die staatliche Beteiligung die Festlegung einer solchen per-se-Regel nahezu unmöglich machen würde, da gerade dies die generelle Vermutungswirkung des Wettbewerbsschutzes ohne besondere Rechtfertigungsgründe ausschlösse.(116) Soweit nach der vorausgehend aufgezeigten Sytematisierung die rule of reason eingreifen kann, steht fest, daß bei Vorliegen einer solchen Konstellation der Wettbewerb nicht unvernünftig oder gar ungebührlich beeinträchtigt ist.(117) Neben dem ausführlich dargelegten Beispielsfall ist auch noch an den freiwilligen Plan der Zigarettenindustrie zu erinnern, den die amerikanische Federal Trade Commission mit dem Ziel schnellstmöglicher Aufschlüsse in den Werbeaussagen über die Teer- und Nikotinbestandteile der angebotenen Zigaretten dadurch provoziert hat, daß sie ankündigte, diese normativ durch eine Trade

---

116. Sangmeister, aaO, S. 100 f.
117. Sangmeister, aaO, S. 1 und 16 f.

Regulation Rule durchzusetzen.[118] Dabei traten allerdings keine solchen Zuständigkeitsprobleme auf, die kartellrechtliche Beurteilung war jedoch nicht anders. Danach kann festgestellt werden, daß trotz der heute in den USA gängigen Rechtsprechung, nach der alle Absprachen verboten sind, die den Wettbewerb am Markt unzulässig mindern, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen ein relativ weiter Raum eingeräumt ist und jedenfalls die Möglichkeit besteht, sie kartellrechtlich zu legalisieren. Ob dies allerdings auch hier ein solch starkes Vorbild darstellt, wie es das amerikanische Kartellrecht für viele europäische Gesetzgeber einmal war, ist zumindest fraglich. Diese Einfluß- und Rückgriffsmöglichkeit soll aber im weiteren Verlauf noch näher untersucht werden.

2.2.3.4. Die rule of reason und das deutsche Recht

Die rule of reason entstammt, wie zuvor geschildert, eindeutig dem amerikanischen Recht. Trotzdem wurden immer wieder Stimmen laut, die sich für eine Anwendung im deutschen Kartellrecht aussprachen.[119] Dies geschah besonders in der Zeit nach

---

118. vgl. Kaiser, NJW 1971, S. 487
119. vgl. Spengler, aaO, S. 37

dem Zweiten Weltkrieg, als die Besatzungsmächte Dekartellierungsgesetze erließen, die weitgehend dem amerikanischen Antitrustrecht nachgebildet waren.[120] In der bisherigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum GWB bereits eine Übernahme des Rechtsgedankens der rule of reason erblikken zu wollen,[121] ist meines Erachtens sehr fraglich. Inwieweit dabei ein genauer Bezug zu den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen gegeben sein könnte, wird an gegebener Stelle noch zu erörtern sein. Hier soll jedoch darauf abgestellt werden, ob es überhaupt angebracht sein kann, die rule of reason oder den mit ihr verkörperten Rechtsgedanken im deutschen Recht zur Anwendung zu bringen.

Gerade Sangmeister hat sich besonders mit diesem Problem befaßt und dabei die nachfolgenden Bedenken herausgearbeitet.[122] Die rule of reason wurde im amerikanischen Antitrustrecht dazu entwickelt, um die zwei ganz allgemein gehaltenen Bestimmungen des Sherman Acts inhaltlich zu konkretisieren und praktikabler zu machen. Das führte wie erwähnt dazu, daß nicht mehr jede, sondern nur die im Sinne des Schutzzweckes unvernünftige Wettbewerbsbeein-

---

120. Baumbach-Hefermehl, aaO, §8 GWB, Einl., Rdnr. 8
121. Thal, WuW 1970, S. 319 ff.
122. Sangmeister, aaO, S. 127 f.

trächtigung für unzulässig erklärt wurde. Eine solch vergleichbare Lage ist jedoch im deutschen GWB nicht gegeben, da es detaillierte und nach dem Willen des Gesetzgebers erschöpfende Vorschriften enthält, wann die verschiedenartigsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen verboten oder aber erlaubt sein sollen.[123] Des weiteren ist zu bedenken, daß sich der Inhalt der rule of reason nicht genügend festlegen läßt.[124] Der Richter muß bei ihrer Anwendung alle Umstände des Einzelfalls würdigen, ohne daß ihm hierzu ein definitiv festgelegter Beurteilungsmaßstab an die Hand gegeben wäre. Die rule of reason kann also nur unter Mithilfe der zu ihr ergangenen Rechtsprechung richtig gehandhabt werden, wobei auch dann noch sehr unterschiedliche Ergebnisse möglich sind. Eine Übertragbarkeit der amerikanischen auf die deutsche Rechtsprechung ist jedoch wegen der fehlenden gesetzlichen Vergleichbarkeit nicht möglich. Fraglich ist aber auch noch, ob eine solche Anwendung im deutschen Recht überhaupt nützlich und angebracht wäre. Die amerikanischen Gerichte nämlich haben dies zunehmend als beschwerlich angesehen und sind wegen der größeren Rechtsicherheit weitgehend auf die per-se-Regel über-

---

123. vgl. Hübner, aaO, S. 24

124. Lieberknecht, BB 1956, S. 156

gegangen. Wie Sangmeister darstellt, hat dies sogar dazu geführt, daß nützliche Wettbewerbsbeschränkungen für unzulässig erklärt wurden.(125)

Dieses Ergebnis findet auch verstärkt Zustimmung in der Literatur. So gelangt Friedrich in seiner Untersuchung zu den selben Erkenntnissen.(126) Auch er stellt zutreffend fest, daß eine rule of reason als eine vom Gesetzgeber des GWB nicht mitkonzipierte und dem deutschen Recht fremde Institution zur Auslegung des GWB nicht fruchtbar gemacht werden kann.

Dies alles zeigt, daß einer Übernahme der rule of reason in das deutsche Wettbewerbsrecht ernsthafte Bedenken entgegenstehen, bedeutet aber nicht, daß der Einfluß des amerikanischen Antitrustrechtes überhaupt geleugnet werden soll.(127) Gerade dessen Bejahung der öffentlichen Interessen gibt einen wichtigen Fingerzeig für das Gesamtverständnis. So wird auch allgemein die Meinung vertreten, daß diese Feststellungen noch nicht von vornherein die Möglichkeit ausschließen, auf irgendwelchen, besonderen, aber gesicherten Wegen eine Einschränkung des in § 1 GWB enthaltenen Kar-

---

125. Sangmeister, aaO, S. 128 und 52 ff.
126. Friedrich, aaO, S. 87 f.
127. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 75

tellverbotes zu erreichen.[128] Inwieweit allerdings bei dem staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen auf die rule of reason bezug genommen werden kann und ob sich die dargestellten Bedenken eher erhärten oder ausräumen lassen, wird innerhalb der Beurteilung nach § 1 GWB aufgezeigt werden.

2.3. Systematisierung der Konstellationen

Die vorgenannten Beispielsfälle haben aufgezeigt, wie vielschichtig die Erscheinungsformen staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen sein können. Um grundsätzliche rechtliche Überlegungen anstellen zu können, ist es deshalb nötig, die Problematik in gewissem Sinne zu systematisieren. Dadurch kann nachfolgend versucht werden, allgemeine Aussagen zu machen und einen generellen Lösungsweg aufzuzeigen. Diese Systematisierung soll vor allem hinsichtlich verschiedener Grade staatlicher Beeinflussung und der möglichen Rechtsgüterbereiche geschehen, außerdem soll auf deren besondere Intentionen hingewiesen werden.

---

128. Frankf.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 36 und vgl. Friedrich, aaO, S. 88

2.3.1. Grade staatlicher Beeinflußung

Erstes Systematisierungsmerkmal stellt die mehr oder weniger starke staatliche Beeinflussung dar. Dabei können verschiedene Gruppen gebildet werden, wobei zwischen Freiwilligkeit, quasi staatlicher Anregung und direkter staatlicher Einflußnahme unterschieden werden soll.

2.3.1.1. Freiwilligkeit

Selbstbeschränkungsabkommen sind grundsätzlich nur dann freiwillig, wenn sie ohne erkennbare Einflußnahme Dritter zustande kommen.[129] Dazu ist nötig, daß sich die Unternehmen aus eigenen Überlegungen heraus zu einem Selbstbeschränkungsabkommen zusammenfinden. Ihre Motivation ist dabei nur insoweit bedeutsam, als dies zur Abgrenzung der Fälle dienen soll, bei denen bereits von einer fühlbaren staatlichen Einflußnahme gesprochen werden kann. Deshalb sind hierunter die Sachverhalte zu zählen, bei denen die Marktbeteiligten zwar gewisse staatliche Schritte befürchten, ihnen aber noch nichts Konkretes bekannt ist und auch keinerlei Koordination zwischen ihnen und beispielsweise Behörden stattgefunden hat. Typisch muß also sein,

---

129. Horstmann, aaO, S. 111

daß sich die gesamten Überlegungen nur intern innerhalb dieser Gruppe abspielen und hiervon vor einer Entscheidung noch nicht die Öffentlichkeit berührt wurde. Dies gilt insbesondere auch für versuchte Einflußnahmen auf dem Wege der öffentlichen Meinung. Solche freiwilligen Selbstbeschränkungen innerhalb der Wirtschaft sind höchst selten und tangieren die hier gestellte Thematik nur am Rande, weil der Faktor der staatlichen Bezugnahme nicht vorhanden ist.

2.3.1.2. Mittelbare staatliche Anregung

Die Grenzlinie zu dieser zweiten Gruppe ist bereits zuvor aufgezeigt worden, da nunmehr der Begriff der indirekten staatlichen Inspiration maßgeblich werden wird.[130] Ausgegangen werden kann einmal davon, daß der Staat einen gewissen Problemkreis aufgreift, dessen Lösung wettbewerbliche Eingriffe zur Folge haben kann. Vereinbaren Unternehmen nun vor dem Hintergrund solcher Eingriffe Selbstbeschränkungsabkommen, so kommt hier schon eine mittelbare staatliche Einflußnahme hinzu. Ähnliches gilt für Wettbewerbsbeschränkungen, die auf Drängen der Massenmedien, gewisser Gemeinschaften, privater Verbände oder anderer nicht-staatlicher

---

130. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113 ff.

Institutionen abgeschlossen wurden.[131] Hier sind die staatlichen Bezugnahmen mittelbar zu erkennen. Die Unternehmen entscheiden zwar selbständig und an sich freiwillig, doch kann die angesprochene öffentliche Meinung einen, mit dem der staatlichen Stellen vergleichbaren Druck ausüben. Folgen sie nämlich nicht dieser öffentlichen Meinung, so müssen sie damit rechnen, daß etwa seitens der Massenmedien eine solche Macht ausgeübt wird, vor allem gezielt auf die staatlichen Stellen, daß diese sich einschalten und gesetzliche Reglementierungen androhen werden. Dies führt weiter zu einer typischen Konstellation einer mittelbaren staatlichen Anregung. Zahlreiche Beispielsfälle haben nämlich aufgezeigt, daß viele Regelungen durch halboffizielle Institutionen angeregt oder zumindest überwacht worden sind. Entscheidend ist auch hierfür, daß die Anregung von dritter Seite ausgeht, wobei diese Dritten nicht direkt Marktbeteiligte sind. Dazu gehören vor allem auch private Einrichtungen, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut sind. In der Reinform geschieht dies durch Gesetz oder durch Verordnungen, die auf einem Gesetz beruhen. Sie müssen den Anstoß gegeben haben, entsprechende Vereinbarungen abzuschließen; die Selbstbeschränkungsabkommen

---

131. Horstmann, aaO, S. 141

stellen diesbezüglich eine direkte kausale Folge dar.[132]

Im weiteren Sinne gehören dazu aber auch all diejenigen Fälle, in denen private Verbände und Gemeinschaften der eigentliche Träger dieser Abkommen sind. Bei diesen, wie auch immer gelagerten Verbänden handelt es sich oftmals um Vereinigungen von Unternehmen einer bestimmten Branche oder Interessenzusammenschlüsse vielfacher Ausprägung.[133] Diese Verbände versuchen, die Interessen ihrer Mitglieder dadurch zu vertreten, in-dem sie sie zu einer gewissen Kooperation bringen und somit Aussenseiter ausschalten oder staatliche Eingriffe verhindern. Manchmal sind es jedoch nur Branchenführer oder eine größere exclusive Gruppe aus einem dafür prädestinierten Wirtschaftszweig, die über solch einen Verband ihre Vorstellungen und Interessen im Gleichklang mit anderen Stellen durchzusetzen versuchen.[134] Nötig hierfür ist allerdings, daß ihnen von staatlicher Seite zumindest ein gewisser Geltungsbereich eingeräumt worden ist und sie genügend Durchsetzungsvermögen besitzen. Hinzu kommt, daß zwar nicht der Anstoß hierzu von staatlichen Institutionen ausgeht, aber doch eine gewisse nicht nach

---

132. Horstmann, aaO, S. 123
133. Spengler, aaO, S. 41 ff.
134. Oldiges, WiR 1/1973, S. 3 f.

außen dringende Rücksprache der Verbände mit ihnen stattgefunden hat. Die entsprechenden Behörden stimmen dann oftmals solchen Abreden zu, da sie schneller und günstiger zu erreichen sind als eigene Regelungen.[135] Trotz allem bleibt diesbezüglich die Initiative noch bei den Unternehmern; man könnte dies wohl als Fälle indirekt staatlich beeinflußter Eigeninitiative bezeichnen. Dies ändert aber nichts daran, daß damit oftmals für Konkurrenten einschneidende Veränderungen verbunden sind.

2.3.1.3. Direkte staatliche Einflußnahme

Letztendlich gibt es noch Selbstbeschränkungsabkommen, die direkt durch den Staat veranlaßt worden sind. Dabei ist zu beachten, daß der Staat als solcher nicht handlungsfähig ist, sondern durch Personen repräsentiert wird, die in einem besonderen Verhältnis zu diesem Staat stehen.[136] Dies sind insbesondere die Mitglieder der Bundesregierung oder von Landesregierungen in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse. Die Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie und auf dem Heizölmarkt machen dies besonders deutlich. Sie sind

---

135. Hasskarl, NJW 1972, S. 1501
136. Herzog, aaO, S. 195 ff.

mehr oder minder unfreiwillig auf Veranlassung des Staates vereinbart worden. Dabei geschah jedoch nicht wie bei der vorigen Fallgruppe eine Zwischenschaltung privater oder auch beliehener Institutionen. Die Entscheidung wurde hier vielmehr auf direktem Wege zwischen den Unternehmen und den staatlichen Organen getroffen. Dies geschieht zumeist vor dem Hintergrund, daß der Staat erkennt, daß er selbst, aus welchen Gründen nun auch immer, augenblicklich nicht in der Lage ist, eine von ihm bezweckte Regelung zu erreichen. Er bringt dann aufgrund seiner Initiative und Einflußnahme die Unternehmen dazu, solche Abreden zu treffen und beteiligt sich mitunter sogar selbst noch mit gewissen Zusagen oder Einschränkungen als Vertragspartner. Dies ist gerade im Falle des Heizölmarktes sehr deutlich geworden.(137) Bei diesen Fällen eindeutig staatlicher Inspiration bleibt zwar immer noch ein Rest von Freiwilligkeit erhalten, auch wenn hier einerseits die massiven staatlichen Macht- und Druckmittel, andererseits die privatwirtschaftlichen Vorteilserwägungen eine Rolle spielen.(138)

Nicht vergessen werden darf aber auch in diesem Zusammenhang das Mittel einer um-

---

137. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113 ff.
138. Oldiges, WiR 1/1973, S. 5 f.

fassenden staatlichen Planung. Der Plan ist bekanntlich die dritte Kategorie hoheitlichen Staatshandelns neben Norm und Verwaltungsakt.[139] Aus diesem konkreten Anwendungsbereich heraus zeigt sich, daß solche Selbstbeschränkungsabkommen auch im Rahmen kontinuierlicher und planvoller Wirtschaftssteuerung und -lenkung eingesetzt werden können.[140] Demzufolge ergibt sich, daß gerade den vorgenannten, grundsätzlich aber allen staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen eine besondere Problematik im Rahmen des Kartellrechts zukommt.

2.3.2. Rechtsgüterbereiche

Zweites wesentliches Kriterium einer Systematisierung ist das der Rechtsgüterbereiche anhand der vorgenannten Beispielsfälle.

2.3.2.1. Ökonomischer Bereich

Diese Rechtsgüter betreffen zunächst einmal den ökonomischen Bereich. Wesentlich sind hierbei die Maßnahmen, die speziell

---

139. Kaiser, aaO, Bd. II, S. 11 ff.
140. Schüssler, NJW 1962, S. 2278 f.

der Erreichung wirtschaftspolitischer und wirtschaftsrechtlicher Ziele dienen.[141] Zum einen ist dabei der Strukturschutz eines gesamten Wirtschaftsbereiches zu nennen, wobei das schützenswerte Rechtsgut im einen Fall die Erhaltung des mittelständischen Einzelhandels, im anderen Fall die Bewahrung der Marktchancen für den Kohlebergbau auf dem Energiesektor ist. Die verschiedenen anderen Abkommen haben den Schutz bedrängter inländischer Industriebranchen zum Ziel und sollen den Konkurrenzvorsprung ausländischer Erzeuger ausgleichen. Weiter wird die kontinuierliche und planvolle Wirtschaftslenkung und -steuerung bezweckt, wobei allerdings die Grenzen der sozialen und freien Marktwirtschaft streng zu beachten sind.[142] Es zeigt sich also, daß es eine ganze Reihe beachtenswerter ökonomischer Rechtsgüter gibt, die in Konkurrenz zu den Zielen des Kartellrechts stehen.

2.3.2.2. Außerökonomischer Bereich

Der überwiegenden Zahl der Beispielsfälle liegt ein außerökonomisches Rechtsgut zugrunde. Dazu zählt vor allem der Schutz

---

141. Hübner, aaO, S. 13 f.
142. Oldiges, WiR 1/1973, S. 4

der menschlichen Gesundheit, was insbesondere im Falle des Doppelsteckerverbots augenscheinlich wird. Bei den gesamten Herstellungs- und Belieferungseinschränkungen ist dieses Rechtsgut entscheidend. Es spielt auch eine Rolle bei den Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie, wird hier jedoch wesentlich vom Jugendschutz überlagert. Überhaupt ist vielfach auch auf das wettbewerbswirtschaftliche Aktionsparameter der Werbung abgestellt, was nicht nur für den vorgenannten Fall gilt, sondern auch für die verschiedenartigen Veröffentlichungen in Presse, Film und Funk.

Ein in der Literatur besonders diskutiertes Rechtsgut ist das des Umweltschutzes.[143] Hierzu ist einmal der Fall zu zählen, daß sich die Unternehmen einer Branche gemeinsam um die Entwicklung und Herstellung umweltschutzgerechter Produkte und Verfahren bemühen, dabei etwa nur noch gewisse umweltschutzgerechte Stoffe verwenden,[144] und sich selbst die Verpflichtung auferlegen, nur noch neue umweltfreundliche Produkte zu entwickeln, produzieren und zu vertreiben, wobei dies nicht die einzige Motivation sein muß. Zurecht

---

143. Markert-Strauch, aaO, S. 61 ff.
144. Kaiser, NJW 1971, S. 586

wird dabei auch der Entwicklung eines umweltbewußten Verhaltens besondere Bedeutung beigemessen, die durchaus in ernsthafte Konkurrenz zu den Zielen des Kartellrechts treten kann, wie Markert-Strauch zutreffend feststellen.[145]

Daneben hat sich auch noch vor allem Friedrich mit ähnlichen Problemen beschäftigt.[146] Dabei geht er von der Prämisse aus, daß der Umweltschutz bei den Unternehmen selbst ansetzen müsse, nicht aber ein gleichsam verkürztes Gesetzgebungsverfahren darstellen dürfe.[147] Die Koordination untereinander darf dabei bis zur Grenze des Kartellrechts gehen, wobei aber durchaus warnend darauf hinzuweisen ist, daß diese Umweltschutzüberlegungen nicht nur bloß einen Deckmantel darstellen dürfen.[148] Eine spezielle Definition dieses Umweltschutzbereiches ist wegen seiner Vielschichtigkeit nicht möglich, allenfalls können gewisse vorrangige Bereiche abgesteckt werden.[149] Spezielle zusätzliche, markante Beispielsfälle sind jedoch hierbei nicht zu gewinnen, vielleicht auch deshalb, weil diese Problematik auf diesem

---

145. Markert-Strauch, aaO, S. 63
146. Friedrich, aaO, S. 11 ff.
147. Friedrich, aaO, S. 14
148. vgl. Säcker, ZHW 1973, S. 137
149. vgl. Friedrich, aaO, S. 17 ff. und 42 ff.

Sektor erst allmählich in Gang kommt. So werden allgemein auch nur fiktive Möglichkeiten aufgezeigt, um eventuelle damit zusammenhängende Rechtsfragen anzureißen.[150] Jedenfalls ist deutlich zu erkennen, daß die hier in Frage stehende Rechtsproblematik gerade in diesem Bereich zukünftig gesteigerte Bedeutung erlangen könnte.

All dies zeigt, daß der Einschränkung des Wettbewerbes zahlreiche, zumeist hoch einzuschätzende Güter des allgemeinen, öffentlichen und privaten Lebens gegenüberstehen. Gerade aus dieser gewissermaßen bewußt geschaffenen Dualität, verbunden mit der besonderen und teils ungeklärten Rechtsproblematik ergibt sich die weitere Diskussion und die Notwendigkeit einer besonderen eingehenden Untersuchung.

2.3.3. Intentionen

Grundsätzlicher Ausgangspunkt solcher Selbstbeschränkungsabkommen ist die vorgenannte Tatsache, daß in bezug auf behördliches Eingreifen dies die schnellere und flexiblere Gestaltungsmöglichkeit dar-

---

150. vgl. Friedrich, aaO, S. 48 ff.

stellt. Außerdem läßt sich hierdurch die Zielgenauigkeit des Lenkungseffektes in starkem Maße erhöhen.[151] Solche staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen sind stets weitaus anpassungsfähiger an den jeweiligen Einzelfall, und die getroffene Regelung kann sich häufig auf der untersten, am wenigsten beeinträchtigenden Stufe der Intervention halten.[152] Zudem werden dadurch auch oft internationale Abkommen umgangen, die sonst eine Regelung nahezu unmöglich machen würden.

Das gesamte Verfahren kann man, wie schon dargestellt, als eine Mischung aus faktischem Zuang und freiwilliger Kooperation bezeichnen. Diese unmittelbare Wirtschaftslenkung geschieht durch Setzung von Daten, Anbieten von Vorteilen oder ansonsten durch Inaussichtstellen von Nachteilen, was damit sowohl die direkte staatliche Planung als auch die Subventionspolitik betrifft.[153] Oft stellt sich dies nach außen hin als Appell an die Einsicht der Unternehmen dar, manchmal unterstützt durch Eingriffe oder Ausnutzung des Marktmechanismuses. Ebenso gehört dazu aber auch die Mitwir-

---

151. Oldiges, WiR 1/1973, S. 5
152. Kaiser, NJW 1971, S. 588
153. Oldiges, WiR 1/1973, S. 7

kungsbereitschaft der Wirtschaft. Die einzelnen Unternehmen müssen seitens des Staates so überzeugt werden, daß sie ihre privatwirtschaftlichen Entscheidungen und Dispositionen in Konformität zur wirtschaftspolitischen oder sonst speziellen Zielsetzung treffen. Gerade dieser "Moment des Konsenses" gilt für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen in besonderem Maße. Dieses sowohl privat als auch gemeinnützig motivierte Kooperieren im Grenzbereich zwischen der Sphäre des Privaten und Öffentlichen verlangt zwischen allen Beteiligten ein bestimmtes Vertrauensverhältnis.[154]

Gerade diesem Umstand kommt bei der rechtlichen Betrachtung eine besondere Bedeutung zu. Zunächst einmal ist das Bestehen von Wettbewerb ein bedeutender Eckpfeiler unseres Gesellschaftssystems. Deshalb ist entscheidend, ob diese Konstellation hinsichtlich wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zulässig ist oder auf welchem Wege sie legalisiert werden kann, da dies für alle Beteiligten von entscheidender Bedeutung ist.

---

154. vgl. Oldiges, WiR 1/1973, S. 9

3. Das EWG - Kartellrecht

Bevor tiefer auf das deutsche Recht einzugehen ist, soll zuvor noch ein Blick auf das Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften geworfen werden. Dies geschieht auch deshalb, weil auf diesem Gebiet des Wettbewerbsrechtes diese übernationalen Normen zunehmend an Bedeutung gewonnen haben.

3.1. Gesetzessystematik

Das EWG-Kartellrecht ist weitgehend mit dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vergleichbar.(155) Sein Anwendungsbereich ist jedoch auf die Maßnahmen beschränkt, die den zwischenstaatlichen Handel in den EWG-Staaten beeinträchtigen können. Das ist stets dann der Fall, wenn eine Vereinbarung den grenzüberschreitenden Verkehr einengt. An und für sich ist für das EWG-Kartellrecht innerhalb der deutschen Wirtschaftsszene kein Raum, das ist aber schon dann nicht mehr maßgebend, wenn ein rein nationales Kartell den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt, unabhängig davon, ob Ausfuhr oder Einfuhr geregelt werden.(156) Bei einer solchen Rückwirkung auf

---

155. Günther, WuW 1957, S. 275 ff.
156. vgl. WuW/EWG/MUV, 293 ff.

den gemeinsamen Markt könnten prinzipiell sowohl die §§ 1 bis 8 GWB als auch Art. 85 EWG-V Anwendung finden. Dazu hat der EuGH entschieden, daß beide Rechtsordnungen solange nebeneinander angewendet werden dürfen, als nicht die Gefahr einer Kollision und damit der Beeinträchtigung der einheitlichen Geltung des europäischen Rechtes besteht.(157) Dem europäischen Wettbewerbsrecht gebührt jedoch der Vorrang bei der endgültigen Entscheidung, nicht zuletzt wegen seiner übergeordneten Bedeutung.(158)

Das Kartellverbot der EWG ist in Art. 85 EWG-V und der Durchführungs-VO Nr. 17 aus dem Jahre 1962 niedergelegt. Art. 85 EWG-V ist dabei ähnlich aufgebaut wie die einschlägigen Paragraphen des GWB.(159) Absatz I normiert ein grundsätzliches Verbot von Kartellen und erläutert dies an Hand von 5 Beispielen, die jedoch keine abschließende Definition abgeben. Ausdrücklich genannt sind die Festsetzung von Preisen und Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle von Produktion, technischer Entwicklung und Investition, die Aufteilung der Märkte und Versorgungsquellen sowie alle Diskriminierungen und Kopplungsgeschäfte. Das EWG-Kartellverbot geht dabei im einzelnen noch wei-

---

157. Mestmäcker, BB 1968, S. 1300 und vgl. EuGH/E, Bd. 15, S. 13 ff.
158. Schüssler, NJW 1962, S. 2277
159. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 820

ter wie das deutsche Kartellverbot, da es nicht nur die gesellschaftsrechtlichen Verträge innerhalb einer Produktionsstufe sondern alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen erfaßt. Weiter fallen darunter nicht nur definitive Absprachen, sondern weiter gefaßt auch alle abgestimmten Verhaltensweisen,also gentlemen's agreements. Dies ist eindeutig im Falle der Teerfarbenhersteller deutlich geworden.(160) Dabei genügt schon die Absicht der Wettbewerbsbeschränkung, eine objektive Eignung braucht nicht vorzuliegen. Die Rechtsprechung zu den Vereinbarungen in der Zuckerindustrie zeigt, daß nicht einmal ein gemeinsamer Plan erforderlich ist, sobald die praktische Zusammenarbeit den mit wirtschaftlichen Risiken verbundenen Wettbewerb ersetzen soll.(161) Grundsätzlich ist es dabei auch gleichgültig, ob günstige oder ungünstige Auswirkungen die Folge solcher Vereinbarungen sind. Aus der Einbeziehung abgestimmten Verhaltens wird schon erkennbar, daß im EWG-Kartellrecht an dem Herrschen der Folgetheorie keine Zweifel bestehen können. Etwas verallgemeinernd läßt sich damit feststellen, daß zwar ein spontanes Parallelverhalten erlaubt, ein geplantes oder erzwungenes Parallelverhalten aber verboten ist.(162)

---

160. WuW/EWG/MUV 269 ff. und
vgl. Martens , JUS 1971, S. 456 ff.
Reinhart, BB 1971, S. 190 und
AWD 1971, S. 82
161. vgl. WuW/EWG/MUV, 347 ff.
162. Rinck, aaO, Rdnr. 825

Als Folge dieses Verbots ist in Absatz II zusammen mit der Verordnung Nr. 17 die zivilrechtliche Nichtigkeit festgelegt, wozu außerdem gewisse Bußgeldsanktionen kommen.

Aufgrund des Absatzes III geht jedoch auch das EWG-Kartellrecht letztlich nicht vom Verbots- sondern vom Mißbrauchsprinzip aus. Die Zulassungsklausel ist dabei aber weiter gefaßt als nach deutschem Recht und läßt der Kommission erheblichen Beurteilungsspielraum.(163) Zunächst einmal ist für die Erlaubnis expressis verbis erforderlich, daß die Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes beiträgt, weshalb vermehrt von einem extensiven Rationalisierungsbegriff gesprochen wird.(164) Weiter hinzukommen muß, daß die Verbraucher am Rationalisierungsgewinn angemessen beteiligt sind. Hierfür genügt es schon, wie von der Kommission im Transocean-Farben-Fall ausdrücklich gesagt, daß den Verbrauchern ein umfangreicheres Warenangebot zur Verfügung gestellt werden kann.(165) Diese Erlaubnismöglichkeit besteht jedoch nicht, wenn Beschränkungen auferlegt werden, die für

---

163. Deringer, aaO, Art. 85 III EWG-V, Rdnr. 21
164. Rinck, aaO, Rdnr. 871
165. vgl. Skaupy, WuW 1967, S. 515

die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind oder dadurch Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Dabei ist jedoch darauf zu achten, daß der Markt soweit abzugrenzen ist, daß auch Substitutionsprodukte miteinbezogen werden.(166)

Hierzu gibt es noch weitere Ausführungsbestimmungen, insbesondere die vorgenannte VO Nr. 17 aus dem Jahre 1962. Darin sind nicht nur wesentliche Verfahrensbestimmungen sondern auch materielle Freistellungsregelungen enthalten. Das hat im Laufe der Zeit zu gewissen weiteren Einschränkungen des zunächst ausgesprochenen Kartellverbotes geführt. Nach Art. 4 dieser VO Nr. 17 sind bestimmte Kooperationsformen, Normen- und Typenkartelle, eine gemeinsame Forschung und Entwicklung sowie Spezialisierungskartelle bis zu einem Marktanteil von 15 % ermöglicht. Im Wege weiterer Verordnungen sind Alleinvertriebsabkommen und gewisse Formen der Werbung und gemeinsamen Nutzung von Produktionsanlagen zulässig.(167) Hierzu zählt aber auch die generelle Erlaubnis von Bagatellkartellen bis zu einem Marktanteil von 5 %; diese Freistellung

---

166. vgl. WuW/EWG/MUV, 338
167. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, aaO, S. 735

ist aber nur im Rahmen einer Bekanntmachung geschehen und stellt somit nur eine Selbstbindung der Kommission, nicht aber eine Festlegung für die Gerichte dar.[168] Ähnlich aufgebaut sind auch die Bestimmungen des Montan-Unions-Vertrages.

3.2. Praxisbereich

Dies alles bedeutet eine erhebliche und sachgerechte Auflockerung des EWG-Kartellrechtes, das damit gerade auf diesem Wege staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen einen zwar nicht genau geregelten, aber doch ziemlich freien Raum liefert.[169] Auf europäischer Ebene sind besonders die Exportselbstbeschränkungsabkommen bedeutsam geworden.[170] Dieses Problem hat nicht nur die Bundesrepublik Deutschland, wie vorgenannte Beispielsfälle zeigen, sondern den gesamten europäischen Raum, aber auch andere Staaten wie die USA und Japan berührt.[171] Gerade bei einem solchen Regelungskomplex mit seinen grenzüberschreitenden Auswirkungen ist die Vorrangstellung

---

168. vgl. EuGH, WuW/EWG/MUV, 219 ff.
169. Spormann, WuW 1970, S. 459 ff.
170. vgl. ABLEG 1972, Nr. C 111, S. 13
171. AWD 1973, S. 333 und
WRP 1973, S. 16

des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots des Art. 85 I EWG-V und der genannten Erlaubnismöglichkeiten des Art. 85 III EWG-V gegenüber den nationalen Wettbewerbsrechten nahezu unbestritten. Hierzu ist in der Literatur die Frage aufgeworfen worden, ob dieses Gesetzeswerk dem einzelnen Staat überhaupt grundsätzlich noch die Möglichkeit gibt, Selbstbeschränkungsabkommen staatlich zu initiieren.(172) Eine solche Wirtschaftslenkungsmaßnahme, was sie ja in Wirklichkeit darstellt, könnte nämlich einen Verstoß gegen Art. 5 II EWG-V seitens des Mitgliedstaates darstellen. Nur unter Heranziehung dieser Norm läßt sich nämlich bezüglich der ihnen allgemein verbliebenen Wirtschaftslenkungsbefugnisse der Vorrang des gemeinschaftlichen Kartellverbots ungebrochen durchsetzen, soweit dies im Sinne einer Verpflichtung zur Wettbewerbsordnung zu verstehen ist.(173) Dem wird allgemein zugestimmt, wobei die vorgenannte Fragestellung zumeist wegen der Einschlägigkeit der Art. 30 ff., 90, 113 und 169 EWG-V kaum relevant wird. Danach ergibt sich also für außenhandelssteuernde Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel betreffen, aus diesen Bestimmungen ein striktes Verbot, da die Selbstbeschränkungsabkommen

---

172. Ullrich, AWD 1974, S. 362
173. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, aaO, S. 49 ff.

in diesen Fällen mit mengenmäßigen Beschränkungen gleichzusetzen sind.[174] Dasselbe gilt auch für den Warenverkehr mit Drittstaaten, da auch hier die Kompetenz zur mengenmäßigen Regulierung des Handels weitgehend auf die Gemeinschaft übergegangen ist.[175] Deshalb können in solchen Fällen die Kartellvorschriften des EWG-Vertrages in vollem und gewöhnlichem Umfang zur Geltung kommen. Dabei ist dann allerdings den Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht Rechnung getragen, weil kartellrechtlich allein die Unternehmen belangt werden können, wobei nicht hinsichtlich der zivilrechtlichen, aber der sanktionsmäßigen Folgen dann gewisse Einschränkungen zugelassen wurden, wenn ein unmittelbarer rechtlicher Zwang durch den Staat selbst auf sie ausgeübt wurde oder aber wenn dieses Vorgehen sowohl im Interesse des Heimat- als auch des Verfolgungsstaates liegt.[176] Die restriktive Handhabung dieser Möglichkeiten ist allerdings damit zu rechtfertigen, daß sich die betroffenen Unternehmen zumeist selbst in ihre Konfliktsituation gebracht haben. Bezüglich der initiierenden Regierungen stellt die Auslandsmarktorientierung solcher Selbstbeschränkungsabkommen zumeist eine Souve-

---

174. vgl. Ullrich, AWD 1974, S. 362
175. vgl. Schmidt, AWD 1972, S. 361 und ABLEG 1970, Nr. L 124, S. 6 und ABLEG 1972, Nr. L 299, S. 46
176. Ullrich, AWD 1974, S. 363

ränitätsbeschränkung des betroffenen Landes dar. Diese völkerrechtlichen Fragen sollen jedoch hier nicht vertieft werden.

Diese Beispielsfälle der europäischen Exportselbstbeschränkungsabkommen zeigen deutlich, daß wenn man einmal den gesamten Komplex der öffentlichrechtlichen Fragen ausklammert, hierfür keine speziellen kartellrechtlichen Vorschriften bestehen und die Beurteilung sich an der Rechtsprechung zu gewöhnlichen Kartellen orientieren muß. Gerade bezüglich der Außenhandelssteuerung ist dabei von dem Versäumnis einer internationalen Kartellrechtsordnung gesprochen und zugleich bemängelt worden, daß keine genügende gesetzliche Abstimmung vorhanden ist.[177]

Fest steht, daß bei fortschreitender europäischer Integration Art. 85 EWG-V gerade bei zunehmendem zwischenstaatlichem Wirtschaftsverkehr im EG-Raum immer mehr an Bedeutung gewinnt.[178] Da aber dessen Anwendungsbereich nur den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr betrifft, dies jedoch wegen des überwiegenden innerstaatlichen Vorhandenseins von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen rela-

---

177. Ulmer, GRUR Int. 1973, S. 478 ff.
178. Schüssler, NJW 1962, S. 2277 und vgl. Deringer-Sedemund, NJW 1974, S. 400 ff.

tiv selten ist und zudem diese Probleme auch nach dem EWG-Kartellrecht noch nicht voll ausdiskutiert sind, ist daraus keine allgemein gültige Lösung für diese Problemstellung im deutschen Kartellrecht zu ersehen.

4. Behandlung nach den §§ 1 ff GWB

Nachfolgend soll nun untersucht werden, inwieweit die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen dem deutschen Kartellrecht unterliegen. Dies bedeutet insbesondere ob § 1 GWB durch sie erfüllt ist, und falls dies der Fall sein sollte, ob irgendwelche diesbezüglichen Ausnahmemöglichkeiten bestehen. Bei dieser umfassenden Prüfung wird das Augenmerk auch darauf zu lenken sein, inwieweit ökonomische oder außerökonomische Gesichtspunkte vorliegen.

4.1. Gesetzestypus

Zunächst soll noch einiges Grundlegende zum deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere zum Kartellverbot gesagt werden. Das betrifft sowohl die geschichtlichen Hintergründe als auch die Systematik der einschlägigen Paragraphen und der damit verbundenen Probleme in Theorie und Praxis.

Früher herrschte ausgehend vom Gedankengut des Liberalismus auch in Deutschland das Grundprinzip des "Laissez faire" vor. Erst allmählich, vor allem durch die steigende Konzentration in der Wirtschaft, wurde die Notwendigkeit für ein Kartellrecht deutlich.(179) Mit ursächlich dafür, daß diese Entwicklung in Deutschland auch im 20. Jahrhundert so langsam voran-ging, dürften die schwerwiegenden politischen Probleme gewesen sein, in die gerade dieses Land stets sehr verwickelt war. Dadurch hatten im Lauf der Jahre die Kartelle und Unternehmenszusammenschlüsse stark überhand genommen. Vor diesem Hintergrund muß die Tatsache der alliierten Dekartellierungsgesetze von 1947 gesehen werden. Darin war ein grundsätzliches Kartellverbot ausgesprochen, das noch weit radikaler war als das frühe amerikanische Recht.(180)

Deshalb wurde dann auch der 1951 beschlossene Entwurf der damaligen Bundesregierung von der Alliierten Hohen Kommission als zu kartellfreundlich zurückgewiesen. Bis zum neuen Entwurf, der von einem eindeutigen Verbotsprinzip ausging, dauerte es dann etwa 4 Jahre. Dabei wurde die weitgehende und schon von Beginn an heftig

---

179. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 729
180. Rinck, aaO, Rdnr. 762

umstrittene Regelung des § 1GWB unverändert beibehalten während die Ausnahmeregelungen der §§ 2 ff GWB mehrfach erweitert wurden.[181] In einer langen, mit vielen Emotionen beladenen, öffentlichen Diskussion machte sich vor allem der Bundesverband der deutschen Industrie für die Einführung des Mißbrauchsprinzips stark, was vorrangig mit den Grundrechten der persönlichen Freiheit und der Vereinigungsfreiheit begründet wurde.[182] Dies führte auch zu langwierigen Verhandlungen im Bundestag und seinen Ausschüssen sowie in den Parteien. Am 01.01.1958 trat dann das heutige Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft, das einen ausgesprochenen Kompromiß zwischen Verbots- und Mißbrauchsprinzip darstellt.

Obwohl diese politische Entscheidung durchaus an die wirtschaftliche und gesellschaftliche Situation in der Bundesrepublik angepaßt worden war, setzten schon bald darauf die verschiedensten Reformbestrebungen ein. Daran beteiligte sich auch das Bundeskartellamt mit der Forderung einer ausdrücklichen Erweiterung des § 1 GWB.[183] Dies geschah jedoch nicht; die verschiedenen Novellierungen erbrachten bezüglich der

---

181. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 1
182. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 7
183. vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 1

Kartelle nur gewisse Erleichterungen für Rationalisierungs- und Bagatellkartelle sowie für das behördliche Verfahren.[184] Dies alles änderte jedoch nichts am Grundcharakter des GWB, gleichwohl dieses als eines der schärfsten Kartellgesetze der westlichen Welt angesehen wird.

Diese Prinzipien dokumentiert auch der Aufbau des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In § 1 GWB sind Kartelle generell verboten, jedoch ist darin schon ausgedrückt, daß gesetzlich etwas anderes bestimmt werden kann. Dies ist in den §§ 2-8 GWB durch die Aufnahme der Ausnahmetatbestände geschehen.[185] Dabei ist gerade letzterer am weitgehendsten und stellt somit eine Art beschränkte Ausnahmegeneralklausel dar.[186] In den §§ 9 - 14 GWB sind die Einzelheiten von solchen Ausnahmeregelungen näher festgelegt, wobei dann unterschieden werden muß zwischen einer grundsätzlichen Freistellung, einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt sowie dem direkten Erlaubnisvorbehalt mit oder ohne Anspruch. Ergänzend sind noch die Wettbewerbsregeln der §§ 28 - 33 GWB zu nennen. Dies stellt

---

184. vgl. Dörinkl, WuW 1965, S. 809 ff. und Rinck, aaO, Rdnr. 764 ff.
185. Lutz, aaO, S. 188 f.
186. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1

in groben Zügen den generellen Aufbau des GWB dar, soweit das Ausgangsthema tangiert ist. Diese Sonderproblematik der Selbstbeschränkungsabkommen hat augenscheinlich keine spezielle Regelung im Gesetz gefunden, so daß sie nach den gewöhnlichen Kartellrechtsgrundsätzen zunächst einmal zu beurteilen sind. Hinzuzuziehen ist dazu sowohl die Systematik des Gesetzes als auch die Grundtendenz einer vollständigen Konkurrenz- und Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt.[187] Mit zu berücksichtigen ist sicherlich auch die ratio legis. Auf die theoretischen Prinzipienstreitigkeiten des deutschen Kartellrechts soll allerdings nur insoweit eingegangen werden, als es von der Thematik unbedingt erforderlich ist. Maßgebend muß der Versuch sein, diesen beträchtlichen Problemkreis sinnvoll in das bestehende Gesetz einzufügen oder entsprechende Ausblicke anzubieten.

4.2. Subsumtion unter § 1 I S. 1 GWB

Für die weitere Erörterung maßgebend ist zunächst die Frage, inwieweit solche staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsab-

---

187. Mestmäcker, Festschrift 10 Jahre GWB, aaO, S. 245 ff.

kommen überhaupt unter das generelle Kartellverbot des § 1 I S. 1 GWB fallen.[188] Gerade dieser Tatsache wird oft viel zu wenig Beachtung geschenkt.[189] Da doch ein gravierender Unterschied zu typischen Unternehmerkartellen in Zielsetzung, Struktur und Ausgestaltung besteht, ist diese rechtliche Würdigung umfassend und vertieft vorzunehmen.

4.2.1. Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen

Zunächst richtet sich das Verbot des § 1 GWB an alle Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen. Der Begriff des Unternehmens ist dabei entsprechend dem Zweck und der Zielrichtung des GWB zu definieren. Dabei handelt es sich um eine wirtschaftliche Einheit, die im Geschäftsverkehr selbständig und nachhaltig auftritt und ihre Betriebe zur Erzeugung oder zum Warenverkehr entsprechend nutzt.[190] Zum Unternehmensbegriff ist es also nicht erforderlich, daß eine Gewinnerzielung bezweckt wird, entscheidend ist aber hier die be-

---

188. vgl. Hübner, NJW 1972, S. 1651
189. Schlarmann, NJW 1971, S. 1394 und vgl. Rauschenbach, NJW 1976, S. 2189
190. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Anm. 3 c

stehende Selbständigkeit.[191] Das Unternehmen ist dabei vom reinen Betrieb abzugrenzen, da es eine wirtschaftliche und nicht nur eine technische Einheit darstellt. Vereinigungen von Unternehmen sind gesellschaftsrechtlich oder verbandsrechtlich organisierte Gemeinschaften. Dabei wird der Zusammenschluß zur Vereinigung als solcher noch nicht vom Gesetz mißbilligt, solange keine sich dabei entfaltende wettbewerbsbeschränkende Tätigkeit hinzukommt.[192]

Den Gegensatz dazu bilden die privaten Haushalte und alle Geschäfte von Privatpersonen, die nur dem persönlichen Bedarf dienen, da das Gesetz gerade dem Schutz und nicht der Beaufsichtigung der privaten Verbraucher dienen soll. Anders verhält es sich wieder mit den freien Berufen, die dem GWB unterliegen, da sie quasi ein Unternehmen selbständig betreiben.[193] Diesbezüglich gilt jedoch eine Einschränkung bei solchen freien Berufen, die der Staat durch Pflichtorganisationen, Ehrengerichtsbarkeit, Verhaltenskodex oder Gebührenordnungen geregelt hat, da dies vom Kartellrecht nicht berührt wird.[194] Das

---

191. vgl. BGH/Z, Bd. 36, S. 91 ff.
192. Rasch-Westrick, aaO, § 1 GWB, Rdnr.14
193. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 10
194. Harms, NJW 1976, S. 1294 ff. und vgl. Tetzner, aaO, S. 9

bedeutet aber keine generelle Freistellung der Beteiligten in der Weise, daß zu Lasten der ihre Leistungen in Anspruch nehmenden Dritten weitere Wettbewerbsbeschränkungen gestattet wären.

Daraus zeigt sich, daß das Tatbestandsmerkmal für die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen unproblematisch ist. Die beteiligten Unternehmen fallen fraglos darunter. Dies gilt nach herrschender Rechtsprechung auch für Berufsverbände und den Unternehmen direkt übergeordnete Wirtschaftsvereinigungen.[195] Solche Dachverbände werden ebenfalls erfaßt, soweit ihnen Unternehmensvereinigungen oder Unternehmen angehören, da sie auf das Marktverhalten unmittelbar Einfluß nehmen können.[196] Auszunehmen sind natürlich die an den Vereinbarungen mitunter beteiligten, staatlichen Institutionen. Aufgrund der mitwirkenden Wirtschaftsunternehmen und Wirtschaftsverbände erfüllen damit alle Selbstbeschränkungsabkommen diese Voraussetzungen.

---

195. WuW/OLG, S. 1687 ff.

196. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Anm. 11

4.2.2. Verträge und Beschlüsse

Weiter ist erforderlich, daß hierbei Verträge geschlossen oder Beschlüsse gefaßt worden sind. Verträge sind danach übereinstimmende Willenserklärungen, die darauf gerichtet sind, einen bestimmten Rechtserfolg, also etwa Kartellpflichten, herbeizuführen.(197) Nach der herrschenden Meinung sind diese Verträge durch die korrespondierenden, auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichteten Willensäußerungen mehrerer Beteiligter gekennzeichnet.(198) Dies setzt also voraus, daß die Willensäußerungen der Unternehmen sich entsprechen und auf eine gewisse rechtliche Regelung ausgerichtet sind. Nach diesem zivilrechtlichen Vertragsbegriff läge also kein Vertrag vor, wenn mehrere Unternehmen hinsichtlich eines Regelungstatbestandes nur einer Meinung sind, sich aber nicht gegenseitig festlegen.(199) Nach allgemeiner Meinung ist kartellrechtlich ein Vertrag jedoch weiter zu fassen, erforderlich ist aber immer noch eine Verhaltenskoordination zwischen den Beteiligten. Fallengelassen worden ist aber die Beschränkung auf rein rechtliche Regelungen,

---

197. Ulmer, WuW 1962, S. 5 ff.
198. Enneccerus-Nipperdey, aaO, S.896 ff.
199. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 14

so daß der Vertragsbegriff in der Weise ausgedehnt worden ist, daß die Verbindlichkeit nicht beabsichtigt zu sein braucht.[200] Unter Zugrundelegung des Teerfarbenbeschlusses hat sich beim Vertragsbegriff eine gewisse Wandelung vollzogen.[201] Danach sind alle Fälle des rein zufälligen, unbewußten Parallelverhaltens mehrerer Wettbewerber als kartellrechtlich irrelevant auszuscheiden. Parallelverhalten ist nämlich nur dann von Bedeutung, wenn es bewußt gleichförmig vollzogen wird, nach überwiegender Meinung muß dieses Verhalten also auf einer Einigung beruhen.[202] Entscheidend ist weiter, daß die gentlemen's agreements der Anwendung des § 1 GWB unterliegen, bei denen die rechtliche Bindung durch eine faktische ersetzt wird.[203] Dies ist nötig, um damit nicht eine bewußte Umgehung des Kartellverbotes zu provozieren. Einer solchen Auslegung des Vertragsbegriffes steht auch nicht die dem Teerfarbenurteil folgende Novellierung des § 25 I GWB entgegen, womit abgestimmte Verhaltensweisen erfaßt werden sollten.[204] Der Begriff Vertrag muß nämlich entsprechend

---

200. Markert, ZHW, Bd. 134, S. 55 f. und Sandrock, WuW 1971, S. 862 ff.
201. WuW/E 1970, S. 1147 ff.
202. Kersten, WuW 1972, S. 67 ff.
203. Sandrock, BB 1973, S. 101
204. vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 16

dem Sinn des Gesetzes auch jede zwischenunternehmerische Verständigung erfassen, die zu den gleichen Ergebnissen wie Kartellverträge führt.[205]

Die Beschlüsse unterscheiden sich von den Verträgen im bürgerlichrechtlichen Sinn durch ihren besonderen Abstimmungsvorgang, also in der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen entsprechend einer bestehenden Satzung. Außer Betracht bleiben dabei nur Abstimmungen, die einen Teil der Meinungsbildung innerhalb der Vereinigung darstellen. Bezüglich der rechtlichen Verbindlichkeit gilt dasselbe wie bei Verträgen. Gemeinsam herbeigeführte Beschlüsse reichen also selbst dann aus, wenn dies nur eine innere, nicht nach außen durchsetzbare Verpflichtung darstellt und sich die Beteiligten auch gar nicht unbedingt auf die Rechtsverbindlichkeit verlassen wollen.[206]

Bezüglich der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen wird nun mitunter die Frage aufgeworfen, ob damit überhaupt solche Verträge von Unternehmen im Sinne des § 1 GWB vorliegen. Dabei wird die Auffassung vertreten, dies seien gar nicht

---

205. Jäger, aaO, S. 21

206. Willoweit, NJW 1971, S. 2050 f.

Verträge zwischen Unternehmen sondern Verträge der einzelnen Unternehmen mit dem Staat und gehörten neben Information, Beratung und Empfehlung zum üblichen Instrumentarium der staatlichen Wirtschaftspolitik.[207] Sie kommen damit den Formen hoheitlichen Handelns nahe, selbst dann, wenn sie lediglich öffentlich inspiriert sind, das heißt etwa infolge eines durch die Massenmedien vermittelten öffentlichen Bewußtseins unmittelbarer Gefahr diesbezüglich entstehen.[208] Markert-Strauch stellen hierzu richtig fest, daß, soweit der Staat zum Initiator solcher Vereinbarungen wird, ohne selbst unternehmerisch tätig zu werden, seine Vereinbarung mit einem isolierten einzelnen Unternehmen nicht unter den Vertragsbegriff fällt.[209] Dies ist jedoch der Ausnahmefall von Selbstbeschränkungsabkommen. Im Regelfall gehen jedoch mehrere Unternehmen die Verpflichtung nicht nur gegenüber dem Staat ein, sondern einigen sich auch unmittelbar oder mittelbar untereinander. Deshalb hat auch das Bundeskartellamt festgestellt, daß diese sogenannten Sternverträge dem § 1 GWB unterliegen.[210] Folgte man nämlich der Meinung, daß zur Erfüllung des

---

207. Schlarmann, NJW 1971, S. 1394
208. vgl. Kaiser, NJW 1971, S. 588
209. Markert-Strauch, aaO, S. 66
210. BKartA, Tb 1962, S. 25 ff.

§ 1 GWB ein typischer Vertrag vorliegen müßte[211], so würde dies bedeuten, daß die kartellrechtliche Relevanz erst dann eintreten würde, wenn weitere ausgesprochene Koordinierungsakte zwischen den betroffenen Unternehmen stattfinden würden.[212] Dem kann nicht so sein, da sonst stets zusätzliche horizontale Koordinierungsprozesse nötig wären und damit selbst die Mineralölbeschränkung nicht mehr unter das Kartellrecht fiele. Geht man vom erzielten Erfolg und der zugrunde liegenden Intention aus, so kann es nicht entscheidend sein, ob die Unternehmen gewisse Einzelheiten direkt oder über staatliche Stellen vereinbaren. Dies würde sonst nämlich bedeuten, daß alle Selbstbeschränkungsabkommen mit den Regierungs-, Staats- oder Verwaltungsstellen so perfekt und vollkommen ausgestaltet würden, daß horizontale Koordinierungsprozesse nicht mehr stattzufinden bräuchten, so daß das GWB praktisch immer umgangen werden könnte. Diese Problematik ist mehr aus der Gesamtsicht zu sehen und die rechtliche Beurteilung nur bedingt von der konkreten Ausgestaltung abhängig zu machen.[213] Die Umstände und die Ausformung sind fast immer dieselben, ob nun ein Unternehmen mit

---

211. Schüssler, NJW 1962, S. 2276

212. Lutz, aaO, S. 222

213. entg. Schlarmann, NJW 1971, S. 1394

einem anderen stets nur über den Umweg der staatlichen Stelle oder auch mitunter direkt verhandelt. Maßgebend sind die vergleichbaren und identischen Folgen. Dabei besteht die direkte wirtschaftliche Vertragsbeziehung in erster Linie zwischen den einzelnen Unternehmen. Die betreffende staatliche Institution hat nur eine Art Schirmherrschaft inne, kann hierdurch aber ebenfalls in die Rechtsbeziehungen mit hinein verknüpft sein. Zusammengefaßt liegt damit eine enge konkrete Koordination zwischen den privaten Wirtschaftspartnern vor.

Zutreffend ist auch, daß die Vertragseigenschaft nicht dadurch verneint werden kann, daß die Unternehmen dies selbst gar nicht wollten, sondern hierzu nur durch eine staatliche Stelle oder die Öffentlickeit gedrängt wurden.[214] Dabei wird übersehen, daß es in unserem Recht gar kein Zwangskartell geben kann und somit die Unternehmen auch in keiner Weise hierzu gezwungen werden können. Finden sie sich dennoch zu einem solchen Abkommen bereit, so haben sie auch die eventuellen kartellrechtlichen Konsequenzen zu tragen. Dies ist im Grunde genommen auch nicht atypisch, da sie in der Weise einen Vorteil daraus haben, daß sich weitergehende

---

214. Markert-Strauch, aaO, S. 66 f,

gesetzliche Regelungen verhindern lassen. Diese Überlegungen zeigen, daß die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen auch insoweit die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erfüllen.

4.2.3. Gemeinsamer Zweck

Weiterhin liegt ein Kartell nur vor, wenn der Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen ist. Über den Inhalt dieser Voraussetzung besteht seit langem Uneinigkeit. Regelmäßig wird die Meinung vertreten, daß dies nur zur Unterscheidung zwischen den Horizontal- und den Vertikalverträgen dienen solle; gekennzeichnet ist danach dieses Merkmal durch das kooperative Zusammenwirken der Beteiligten, die ihre Einzelleistungen nicht gegenseitig austauschen, sondern im Hinblick auf einen allein nicht oder nur schwierig zu erreichenden Erfolg zusammenfügen.[215] Dieses Kriterium aus § 705 BGB muß jedoch nicht unbedingt einen bürgerlich-rechtlichen Vertragstyp nach sich ziehen. Ausreichend ist danach schon das kooperative Zusammenwirken im weitesten Sinne. Jede gemeinsame Verfolgung eines Zieles genügt, selbst wenn dies erst durch eine Vielzahl von

---

215. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 19

Einzelakten konkretisiert wird.[216] Nach einhelliger Meinung bedeutet dies demnach auch, daß sogenannte Individual- oder Austauschverträge davon nicht erfaßt werden.[217] Diese Vertikalverträge mit entgegengesetzten Interessen der Beteiligten sind in den §§ 15 ff. GWB geregelt. Aufgrund dessen ist dann auch angenommen worden, daß schon ein gesellschaftsähnliches Verhältnis ausreicht.[218] Die Vertragspartner müssen danach zumindest einen gemeinsamen Zweck erreichen wollen, wozu auch nur eine Art Zweckbestimmung, ausgestaltet als Vertrag sui generis, ausreicht.[219] Dieser gemeinsame Zweck kann sich auch aus einem gesamten Vertragswerk, wie den sogenannten Ring- oder Sternverträgen ergeben, wenn nach dem Willen der Beteiligten die Wirksamkeit des einzelnen Vertrages von den übrigen Verträgen abhängig sein soll.[220] Nach neuester Entscheidung des BGH im ZVN-Fall gilt dies erst recht, wenn die Bindung durch ein unselbständiges, von den Beteiligten beherrschtes Unternehmen hergestellt wird.[221]

---

216. Rinck, aaO, Rdnr. 787
217. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 17
218. WuW/E, BKartA 1971, S. 1351 f.
219. Hübner, aaO, S. 27 f.
220. vgl. BKartA, Tb 1970, S. 50 f.
221. vgl. WuW/E, BGH 1975, S. 1369

Welchem Zweck der Vertrag dient, ist bedeutungslos. Fest steht heute nämlich, daß der von den Vertragsbeteiligten erstrebte gemeinsame Zweck sich nicht primär auf die Beeinflußung der Marktverhältnisse zu beziehen braucht. Dies gilt auch für die Frage, ob der Zweck des Vertrages die Beschränkung des Wettbewerbes mit einschließen muß. So reicht die bloße Beschränkung des Wettbewerbes untereinander völlig aus, auch wenn dies nur lediglich eine reine Absicherungsmaßnahme ist.(222) Gerade zu diesem Problemkomplex hat der BGH in letzter Zeit einige wesentliche Entscheidungen getroffen. So hat er sich jüngst im Fertigbetonfall vollends vom direkten Bezug zu § 705 BGB gelöst und bei einer Regelung des Wettbewerbes zwischen den Vertragspartnern per se einen gemeinsamen Zweck anerkannt.(223) Anknüpfend an die bisherige Rechtsprechung hat der BGH dabei festgestellt, daß der Begriff "zu einem gemeinsamen Zweck" in § 1 GWB nicht nur bei einem gesellschaftsrechtlichen oder gesellschaftsähnlichen Bindungsverhältnis erfüllt ist, sondern immer dann, wenn die Beteiligten mit der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung gleichgerichtete

---

222. vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 19
223. WuW/E, BGH 1976, S. 1460 f. und vgl. Steindorff, BB 1977, S. 570 und vgl. Ulmer, NJW 1977, S. 805

Interessen verfolgen. Danach genügt es, "wenn die Wettbewerbsbeschränkung oder das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung oder der durch sie zu bewirkende Erfolg einem gemeinsamen Interesse entspricht und gemeinsam angestrebt wird."(224) Diese Festlegungen des BGH, wonach es keiner gegenseitigen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit bedarf, dürften vorläufig eine abschließende Klärung des Merkmales des gemeinsamen Zweckes darstellen.(225)

In der Literatur ist dieser Problemkreis jedoch weiterhin heftig diskutiert. Neben manch anderen Veröffentlichungen verdienen vor allem die letztendlichen Überlegungen von Schmidt hier noch einer gewissen Beachtung.(226) Darauf soll nun noch kurz eingegangen werden. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die hergebrachte Kartellformenlehre.(227) Diese baut danach auf der Regierungsbegründung zum GWB auf und knüpft beim gemeinsamen Zweck in § 1 GWB ausdrücklich an die Tradition aus der Zeit der Kartellverordnung an, weshalb auch die Formulierung des Gesellschaftsbegriffes in § 705 BGB insoweit mit einbezogen wurde. Des weiteren darf aber nicht

---

224. WuW/E, BGH 1976, S. 1461
225. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 20
226. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 194 ff.
227. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 8 f.

außer Acht gelassen werden, daß Schmidt als Grundnorm des GWB nicht den § 1 GWB sondern den seiner Meinung nach lediglich unsachgemäß angesiedelten § 25 I GWB betrachtet.[228] Letzterer formuliere das Kartellverbot, während § 1 GWB dieses nur sanktioniere. Die §§ 1 und 15 GWB dürften bei einer solchen Systematik nur noch als klarstellende Spezialnormen betrachtet werden mit dem Sinn, daß vertragliche Verhaltensabstimmung so zur Unwirksamkeit führen würde.[229]

Seine darauf aufbauenden Ergebnisse zielen in die gleiche Richtung wie die der jüngsten Rechtsprechung. Demnach sei der Begriff des Kartellvertrages als eines gesellschaftlichen oder gesellschaftsähnlichen, zu einem gemeinsamen Zweck geschlossenen Vertrages ein verfehltes Kriterium. Deshalb bedarf es dann auch einer völlig davon getrennten Betrachtung des Merkmales des gemeinsamen Zweckes. Entgegen der sonst vertretenen Meinung hat dieses dann auch hier nicht die Funktion, die Kartellverträge von sonstigen Verträgen abzugrenzen. Entsprechend der jüngsten BGH-Rechtsprechung ist nach Schmidt eine recht verstandene Gegenstandstheorie nicht Instrument einer Bindung des Kartellverbotes an den Kartell-

---

228. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 9
229. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 15

vertrag, sondern müßte von der prinzipiellen Trennung des Kartellverbots vom Gesamtvertrag ausgehen.[230] Demnach kann also die Kooperation kein ausschlaggebendes Kriterium sein, was bereits früher insoweit anerkannt wurde, als daß dies nicht allein entscheidend sein kann.[231] Schmidt gelangt dabei zu dem Ergebnis, daß nach dem herrschenden Verständnis des gemeinsamen Zweckes dieses Merkmal keine wertenden Abgrenzungsfragen klären kann. Letztlich bedeutet dies nämlich, daß aktueller oder potentieller Wettbewerb unter den Beteiligten von der Abstimmung betroffen wird, wobei der gemeinsame Zweck genau dieses Verhältnis auf dem Markt betrifft und zwar nicht im subjektiven sondern im objektiven Sinne.[232]

Die BGH-Rechtsprechung im Schnittblumen-Transportfall bestätigt auch nach der Auffassung von Schmidt diese Tendenz, geht jedoch nicht so weit, wie er dies gerne sehen möchte.[233] Danach müßte nämlich bei vorliegen eines Austauschvertrages zwingend der Schluß gezogen werden, daß ein gemeinsamer Zweck im Sinne von § 1 GWB vorliegen

---

230. WuW/E, BGH 1976, S. 1458 und
Ulmer, NJW 1977, S. 804 und
vgl. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 27
231. vgl. BKartA, Tb 1969, S. 82 f.
232. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 59 f.
233. WuW/E, BGH 1975, S. 1353 ff.

würde.[234] Nach der gültigen BGH-Rechtsprechung wird dies aber offen gehalten, da demgemäß durchaus Austauschverträge zwischen Wettbewerbern denkbar sind, die gegenseitige Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, mit denen die Vertragsschliessenden keine gleich-laufenden Interessen verfolgen. Dies erscheint meines Erachtens auch richtig, da eine sture Schematisierung hier weder möglich noch angebracht sein dürfte. Alles in allem würde dies nicht nur dem Sinngehalt und der Unterscheidung der §§ 1 ff. GWB und §§ 15 ff. GWB gerecht, sondern dieses Ergebnis führt auch zu sachgerechten Lösungen.

Dies unterstreicht auch die weitere Rechtsprechung des BGH, wonach selbst der vertikale Bereich nicht gänzlich ausgeschlossen wird. Sollte dabei einmal eine Überschneidung zwischen § 1 GWB und § 15 GWB zur Diskussion stehen, so muß dies nicht unbedingt generell verneint werden. Eine Gesamtwürdigung der Vereinbarung unter Berücksichtigung aller Umstände kann danach die Bejahung des gemeinsamen Zweckes ergeben. Dabei genügt es, daß der Vertrag objektiv geeignet ist, durch Beschränkung des Wettbewerbes die Marktverhältnisse zu beeinflussen.[235] Die von Schmidt ange-

---

234. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 66 f.
235. vgl. WuW/E , BGH 1975, S. 1354

stellten weiterreichenden Überlegungen zum Sinngehalt und Einfluß des gemeinsamen Zweckes im GWB brauchen hier nicht näher erläutert und untersucht werden. Auch darin angesprochene ungeschriebene Restriktionen des Kartellverbotstatbestandes greifen hier nicht durch. Soweit dabei auf die sogenannte Immanenztheorie, nämlich die Zulässigkeit praktisch unumgänglicher Wettbewerbsbeschränkungen, und auf die Kino-Entscheidung des BGH eingegangen wird, kann dies den hier vorliegenden Sachverhalt überhaupt nicht tangieren.(236) Schmidt erkennt auch selbst zutreffend, daß all das, was über die Frage der Zulässigkeit kartellfreier Nebenpflichten hinausgeht, kein Problem des gemeinsamen Zweckes mehr ist, sondern dazu führt, daß der Kartellverbotstatbestand erfüllt ist und erst nachfolgend nach Freistellungs- oder Einschränkungsmöglichkeiten gesucht werden muß.

Durch dieses weit gefaßte Merkmal des gemeinsamen Zweckes greift der Kartellverbotstatbestand in größerem Maße ein. Daß dies dann natürlich zu Überlegungen Anlaß bietet, zusätzliche Abwägungskriterien bei der Entscheidung einzufügen, ist verständlich. Schmidt geht dem aber nicht weiter nach, sondern führt lediglich aus, daß er

---

236. BGH/Z 38, 306 ff. und
vgl. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 82 f.

das Kartellverbot weder als per-se-Regel noch daß er einer allgemeinen und generellen restriktiven Abwägungsregel Tür und Tor öffnen wolle.[237] Deshalb führt es für diese Untersuchung im vorgezeigten Sinne auch nicht weiter. Einigkeit besteht aber darin, daß die Tatbestandsvoraussetzung des gemeinsamen Zweckes in § 1 GWB an sich nicht zu einem solchen Ergebnis führen kann. Diese Lösung stimmt auch mit sonst in letzter Zeit in der Literatur vertretenen Meinungen überein, wonach auf diesem Wege staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen keine Geltung und Legalität verschafft werden kann.[238]

Trotz allem soll den Argumenten derjenigen nachgegangen werden, die glauben, eine Einschränkung des Kartellverbotes sei an dieser Stelle trotzdem möglich. An sich erscheint dieser Ansatz durchaus verständlich. Aufgrund dieses nun herrschenden Begriffsinhaltes des Merkmales "gemeinsamer Zweck" werden, wie vorausgehend erwähnt, nun vermehrt früher als zulässig erachtete Austauschverträge vom Kartellverbot erfaßt.[239] Da damit diese Norm insgesamt sehr weit reicht, wird deswegen hierzu

---

237. vgl. Schmidt, Kartellverbot, aaO, S. 187 f.
238. vgl. Friedrich, aaO, S. 61 ff.
239. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 20

die Ansicht vertreten, daß diese Tatbestandsvoraussetzung eine gewisse regulative Wirkung entfalten könnte und daß dann gerade hierdurch Tatbestände nicht unter den § 1 GWB fallen würden, bei denen nicht eine Marktregulierung beabsichtigt ist, sondern ein anderer zu billigender oder anerkannter Zweck verfolgt wird.[240] Die Wettbewerbsbeschränkung wäre dabei nur eine unbeabsichtigte Nebenwirkung, was gerade für Selbstbeschränkungsabkommen einschlägig sein könnte. Deshalb geht diese Theorie davon aus, daß die Rechtsfolgen des § 1 GWB diesen Fällen nicht adäquat wären und deshalb diese Norm nicht erfüllt wäre. Damit würde § 1 GWB bei den Sachverhalten entfallen, bei denen sich die Wettbewerbsbeschränkung lediglich als Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles darstellt.

Diesen Ansichten kann aber nicht gefolgt werden. Zunächst einmal ist vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen. Danach ist der Begriff "zu einem gemeinsamen Zweck" dem Wort "Verträge" zuzurechnen. Der Zweck muß also lediglich von den Partnern gemeinsam verfolgt werden. Eine Verbindung zum Tatbestandsmerkmal "Beschränkung des Wettbewerbes" besteht nur insoweit, als der Vertrag hierzu geeignet sein muß. Das Wort

---

240. Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1075

"geeignet" bezieht sich also sowohl auf die Marktbeeinflussung als auch auf die Wettbewerbsbeschränkung.[241] Anknüpfungspunkt hierfür ist jedoch der Vertrag und sein Inhalt, nicht aber sein Zweck. Das läßt sich auch damit begründen, daß die Prüfung nach den äußeren objektiven Vorstellungen der Beteiligten erfolgen muß.[242] Ein so verstandener Wortlaut stimmt auch mit der vom Gesetzgeber beabsichtigten Auslegung überein. Dies läßt sich auch damit begründen, daß die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen den Verträgen zu einem gemeinsamen Zweck gleichgestellt sind und damit auch gleichartig auszulegen sind.[243] Sie beruhen gemäß der Satzung auf der gemeinsamen Zweckverfolgung ihrer Mitglieder. Müßte sich nun das Merkmal des gemeinsamen Zweckes notwendigerweise auf die Wettbewerbsbeschränkung richten, so würde dies nicht zugleich auch für die Unternehmensvereinigungen gelten. Eine unterschiedliche Behandlung wäre die Folge, was aber nicht zuletzt aus rechtspolitischen Gründen nicht sein kann. Deshalb ergibt sich eindeutig, auch unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte des § 1 GWB, daß sich das Merkmal des gemeinsamen Zweckes nicht auf die Wettbewerbsbeschränkung beziehen muß, und daß

---

241. Klaue, BB 1964, S. 539
242. Hübner, aaO, S. 28 und
     WuW/E, BGH 1962, S. 520
243. Frankf.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 6

es ausreichen kann, daß dies objektiv zu einer Beschränkung des Wettbewerbes führen kann.[244]

Dieser dem Kartellvertrag zugrundeliegende Zweck muß nicht einmal wirtschaftlicher Natur sein, auch wenn eine Ausgestaltung als Gesellschaftsvertrag dies etwa in Erwägung ziehen ließe.[245] Die Zielrichtung kann genauso außerwirtschaftlicher und damit ideeller Art sein; § 1 GWB läßt dies offen, ohne auch nur eine gewisse Wertung hierzu zum Ausdruck zu bringen. Wichtig für die Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmales ist noch, daß man auf den wirklichen Zweck abstellt und nicht auf die Motive, die die einzelnen zum Abschluß dieser Abkommen bewegen. Das Motiv ist nämlich dem Zweck vorgelagert, weshalb in der Regel auch davon ausgegangen wird, daß solche Verträge nur zwischen Angehörigen derselben Wirtschaftsstufe denkbar sind, da nur zwischen ihnen gleichgerichtete Interessen zu vermuten sind.[246] Die Beteiligung der staatlichen Stellen berührt dies jedoch nicht, wie bei den Sternverträgen eindeutig ausgesprochen wurde, da sich aus der inhaltlichen Gleichartigkeit und

---

244. vgl. BVerfG/E 11, S. 126 ff. und BKartA, Tb 1960, S. 18
245. entg. WuW/E, OLG 1962, S. 533 ff.
246. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 60

dem zeitlichen Zusammenhang dieser Verträge der gemeinsame Zweck ergibt und dies eben nicht mehr das Motiv sondern den eigentlichen Zweck darstellt.[247]

Zusammengefaßt läßt sich feststellen, daß bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen aus der Natur der Sache heraus stets irgend ein gemeinsamer Zweck vorliegt.

4.2.4. Beschränkung des Wettbewerbes

Ein weiteres entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist die Beschränkung des Wettbewerbes. Der Begriff des Wettbewerbes selbst ist vom Gesetz nicht definiert. Im Bundestagsausschuß wurde damals zu § 1 GWB gesagt, daß davon auszugehen ist, daß "unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen".[248] Die wohl brauchbarste Formel enthält die Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wonach "als Wettbewerb das Streben zu betrachten ist, durch eigene Leistung, die

---

247. vgl. BKartA, Tb 1960, S. 18
248. Rasch-Westrick, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 16

nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen".[249] Diese Vorstellungen stehen in engem Zusammenhang mit dem Wettbewerbsbegriff des UWG.

Trotzdem stellt auch der Wettbewerb heute noch keinen eindeutig definierbaren Rechtsbegriff dar. Fest steht aber nach einhelliger Auffassung, daß damit nicht der unlautere oder irgendwie gesetzwidrige Wettbewerb gemeint ist, was bereits zuvor an Beispielsfällen aufgezeigt worden ist.[250] Solche Vereinbarungen sind von vornherein dem Kartellrecht entzogen, das nur den schützenswerten Wettbewerb betrifft. Eine weitere Einschränkung erbringt hier auch nicht das Konzept des Leistungswettbewerbes, weil dessen Anwendung an der fehlenden Konkretisierung scheitert. Nach Säcker müssen solche Versuche schon deshalb fehlschlagen, weil dieser Begriff überhaupt nicht dazu gedacht ist, die gesamtwirtschaftlich positiv bewerteten Wettbewerbsformen zu beschreiben.[251] Deshalb liegt keine Beschränkung im Sinne des § 1 GWB vor, wenn

---

249. BT-Drucksache II/3462, Teil C, § 1 GWB, Nr. 3 d
250. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 19
251. Säcker, aaO, S. 53 f. und vgl. Kellermann, Festschrift, aaO, S. 76 ff. und vgl. WuW/E, OLG 1973, S. 1380 f.

man sich nur dazu verpflichtet, etwas zu unterlassen, was man sowieso nicht tun darf.

Der Wettbewerbsbegriff ist im übrigen in direkter Weise davon abhängig, wie der Begriff der Beschränkung ausgelegt wird. Dazu haben sich ungeachtet weiterer Differenzierungen insgesamt drei Meinungen gebildet. Seit längerem als herrschende Lehre anzusehen ist die Gegenstandstheorie, während aber auch die Folgetheorie sowie die Zwecktheorie durchaus beachtenswerte Anhänger gefunden haben.(252) Es ist nicht Aufgabe dieser Erörterung, diesen Theorienstreit zu schlichten, weshalb auch hier auf die generellen Unterscheidungsmerkmale nebst Vor- und Nachteilen gar nicht eingegangen werden soll. § 1 GWB kann diesen Theorienstreit im übrigen selbst auch gar nicht endgültig entscheiden.

Im Grunde genommen ist für die unterschiedliche Beurteilung allerdings wesentlich eine verschiedenartige Gewichtung der Auslegungsgrundsätze.(253) Die heute wohl noch herrschende Gegenstandstheorie genügt den Bestrebungen nach Rechtssicher-

---

252. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 34 ff.
253. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 38

heit am besten, erfüllt aber den Gesetzeszweck nicht vollständig. Obwohl der Gesetzgeber sie niemals ausdrücklich bestätigt hat, hat sie sich in der Praxis weitgehend durchgesetzt. Es sind aber gewisse Modifikationen eingetreten, wonach auch bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar nicht vom Wortlaut der Verträge, aber vom Willen der Partner gedeckt sind, erfaßt werden.(254) Danach ist auch eine vertragliche Bindung tatbestandsmäßig, die den beteiligten Unternehmen die freie Entscheidung läßt, allerdings gleichzeitig Sanktionen vorschreibt.

Auch die jüngste Rechtsprechung hat zusätzliche Modifikationen erbracht.(255) So hat der BGH im bekannten ZVN-Fall entschieden, daß § 1 GWB zwar unzweifelhaft eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien über Wettbewerbsbeschränkungen verlangt, diese Einigung aber nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung zu sein braucht, sondern daß schon die Einigung über den Zweck ausreicht.(256) In diesem Fall ist danach der Zweck der Ausschluß des Preiswettbewerbes gewesen, der mittelbar aus dem Willen der Vertragsparteien erkennbar geworden ist. Nach dieser Ent-

---

254. vgl. Markert, DB 1963, S. 1457 und vgl. WuW/E, BKartA 1971, S. 1357
255. vgl. Rauschenbach, NJW 1976, S. 2190
256. WuW/E, BGH 1975, S. 1371 ff.

scheidung ergibt sich bei rationalem Handeln der Teilnehmer eines solchen Vertrages notwendig eine Wettbewerbsbeschränkung, allein aus der konkreten Vertragsgestaltung in Verbindung mit den jeweiligen Marktbedingungen heraus ohne weitere Festsetzungen und Maßnahmen. Aufgrund dessen sind Überlegungen laut geworden, mit welcher der bestehenden Theorien diese Auffassung in Übereinstimmung zu bringen sei.[257] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht danach keinesfalls der reinen Folgetheorie, weil danach ausdrücklich das Nichtvorliegen einer Einigung der Unternehmen und das bloße Abstellen auf vielleicht zufällige, spätere Folgen auf dem Markt nicht genügt.

Alles in allem wäre es wohl am besten, man würde bei dieser neueren BGH-Rechtsprechung auf eine Zuordnung in bestehende Denkschemata verzichten; wollte man dies aber unbedingt tun, so wäre in gewissem Sinne an die Zwecktheorie zu denken, am besten ginge man aber noch von einer sogenannten erweiterten Gegenstandstheorie aus. Eine weitere Vertiefung ist hier allerdings weder von Nöten noch fruchtbar, zumal ein reiner Theorienbegriff allein noch nichts entscheidendes aussagen kann.

---

257. Rauschenbach, NJW 1976, S. 2190

Folgt man also nun einmal mit guten Gründen der in diesem Zusammenhang wohl am wenigsten weit gehenden, noch herrschenden Gegenstandstheorie einschließlich ihrer Modifikationen, so ist das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur auf den Wettbewerb als Marktvorgang sondern auch auf die Handlungsfreiheit der Beteiligten bezogen. Aus dem Schutzzweck des Gesetzes, nämlich einerseits des Wettbewerbes als marktwirtschaftliche Institution als auch der Handlungsfreiheit der individuellen Marktteilnehmer, ergibt sich, daß diese Handlungsfreiheit nur insoweit geschützt ist, als ihre Ausübung wettbewerbsrelevant ist.(258) Diese vorgenannte Rechtsgüterfeststellung des GWB hängt auch mit der Unterteilung der Wettbewerbsfunktionen in eine wirtschaftspolitische und eine gesellschaftspolitische Komponente zusammen. Hierzu gehören auf der einen Seite die Steuerungs- und Orientierungsfunktion sowie die Antriebs- und Verteilungsfunktion und auf der anderen Seite vor allem die Sicherung der Individualfreiheit im weitesten Sinne.(259) Deshalb steht für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen eindeutig fest, daß auch solche freiwilligen Zugeständnisse unter die tatbestandsmäßige

---

258. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 797

259. Säcker, BB 1967, S. 683 ff.

Wettbewerbsbeschränkung fallen. Deshalb gilt dies auch in den Fällen, in denen die Vertragspartner nicht einmal in direktem Wettbewerb stehen, aber trotzdem gegenseitig Verpflichtungen eingehen. Eine diesbezügliche Beschränkung ist stets schon dann anzunehmen, wenn ein Aktionsparameter seitens der Unternehmer eingeschränkt wird oder ganz wegfällt. Schon kleinere Eingriffe können, gerade auf einem relativ starren Markt, die Chancen auf der einen Seite stark beeinflussen und auf der anderen Seite die Auswahlmöglichkeiten beträchtlich reduzieren.(260) Dies betrifft dann sowohl Preisabsprachen als auch Produktionsbeschränkungen und Marktaufteilungen, aber auch einen gewissen Werbeverzicht, der gerade bei Marktneulingen relevant werden kann.(261) Es zeigt sich also, daß die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmales bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen weitgehend unproblematisch ist, da sie gerade den Wettbewerb durch irgendwelche Abreden zu beschränken oder beeinflussen suchen. Anhand der Einzelfälle zeigt sich zumeist, daß die Marktpositionen der beteiligten Unternehmen betroffen werden.(262) Insbesondere Klein- und Mittelbetriebe sind

---

260. vgl. BGH/Z 36, S. 105 ff.
261. vgl. BKartA, Tb 1971, S. 14 f.
262. vgl. Säcker, BB 1967, S. 681 f.

oftmals die Leidtragenden solcher Regelungen. Hierbei spielt es dann auch keine Rolle, daß dadurch zwar oft ein Ziel des GWB im Sinne des Schutzes der Allgemeinheit gewahrt wird, entscheidend ist, daß zugleich die Rechte des einzelnen und die Institutionsgarantie einzelner Unternehmer, auch benachbarter Branchen im Sinne der Substitutionskonkurrenz, tangiert werden durch die vorliegende Beschränkung des Wettbewerbs.(263)

4.2.5. Geeignetheit zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse

Als weiteres ist die Überprüfung der Geeignetheit zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse nötig. Zunächst ist auf den Begriff der Eignung einzugehen. Dies bedeutet eine Anwendungserweiterung in dem Sinne, daß selbst eine zukünftige Marktbeeinflussung ausreicht, und daß es weiter genügt, daß der Vertrag nach allgemeiner wirtschaftlicher Erwartung zu diesem Ergebnis führen wird.(264) Eine weiter entfernte Möglichkeit entspricht dem jedoch nicht mehr, da nach der Erwartung der Beteiligten zumindest die

---

263. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 41 ff.
264. WuW/E OLG, 1964, S. 700

Tauglichkeit bestehen muß.[265]

Die herrschende Meinung versteht unter einer Beeinflussung, daß der wettbewerbsbeschränkende Vertrag für irgend eine Veränderung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse zumindest mitursächlich ist.[266] Dabei ist zunächst auf diese beiden Begriffe näher einzugehen. Unter Marktverhältnissen ist danach die Summe aller Eigenschaften zu verstehen, die einem besonderen Markt das Gepräge geben.[267] Markt ist dabei sowohl der Ort von Angebot und Nachfrage als auch die Zahl sämtlicher Austauschvorgänge in diesem Bereich. Dabei sind auch Märkte zu berücksichtigen, die nur in geringem Ausmaß bestehen oder die nur mittelbar betroffen sind, wie beispielsweise im Falle des Einzelhandelsmarktes bei einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung für den Großhandelsmarkt.[268] Da unter Berücksichtigung sämtlicher Marktumstände die Prüfung der Beeinflussung ins uferlose abgleiten würde, hat sich die Meinung durchgesetzt, daß entsprechend dem Schutzzweck des § 1 GWB nicht nur das Interesse

---

265. vgl. Benkendorff, WRP 1962, S. 318
266. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 30
267. vgl. WuW/E BGH, 1975, S. 1342
268. WuW/E BGH, 1962, S. 491

der Außenseiter zu berücksichtigen ist sondern auch der Einfluß einer Wettbewerbsbeschränkung auf die Stellung der Marktgegenseite.[269] Jedoch auch anhand dieser Kriterien ist eine weitere Einschränkung des Begriffs der Marktverhältnisse nötig. Da das Gesetz eine Einflußnahme auf die Bedingungen, die von den Marktteilnehmern für ihren Leistungsaustausch auf dem Markt tatsächlich vereinbart werden, verhindern will, entsprechen die Austauschbedingungen weitgehend den Marktverhältnissen.[270] Alle Regelungen die also darauf Einfluß nehmen, sind tatbestandsmäßig. Die alternative Möglichkeit der Beeinflussung der Erzeugung kommt dem im Ergebnis gleich, da auch hierbei eine Bezugnahme auf den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen nötig ist.[271] Unter Zugrundelegung dieses Inhalts ist damit aber auch nahezu immer eine Marktbeeinflussung verbunden, so daß die beiden Begriffe weitgehend synonym sind.[272]

Aufgrund dieser Auslegung ist eine Beeinflussung dann anzunehmen, wenn die Aus-

---

269. WuW/E BGH, 1976, S. 1461 f.
270. vgl. Scheufele, AWD 1970, S.385 ff.
271. Jäger, aaO, S. 30
272. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 29

tauschbedingungen wegen der getroffenen Vereinbarung einer Änderung unterworfen sind. Fraglich ist dabei, ob ein gewisses Ausmaß erreicht werden muß oder ob schon die geringste Einwirkung genügt. Daß nicht unbedingt eine wesentliche Beeinträchtigung vorzuliegen braucht, zeigt sich schon darin, daß bei den Gesetzesberatungen im Bundestag die Hinzufügung des Wortes "wesentlich" erwogen, aber letztlich abgelehnt wurde.(273) Im Interesse der Rechtsklarheit und Gleichheit muß aber trotzdem das Überschreiten einer minimalen untersten Schwelle verlangt werden. Das darf aber nicht soweit gehen, daß dies erst gilt, wenn den Abnehmern auf dem freien Markt keine zumutbaren angemessenen Ausweichmöglichkeiten mehr verbleiben.(274) Vielmehr ist der herrschenden Meinung dahingehend zu folgen, daß die Geeignetheit zur Beeinflussung der Marktverhältnisse so lange fehlt, wie den Marktpartnern weder materielle Nachteile noch unzumutbare Unbequemlichkeiten entstehen.(275) Wann diese spürbare Marktbeeinflussung durch Überschreiten eines quantitativen Minimums erreicht ist, wird in Rechtsprechung und Literatur sehr unterschiedlich behandelt. Der BGH hat diese Grenze sehr

---

273. Benkendorff, WRP 1962, S. 146 ff.
274. Sandrock, aaO, S. 268 f.
275. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 103

weit unten angesetzt und im bekanntgewordenen SPAR-Urteil relativ unbedeutende Fälle mit einbezogen.[276] Dazu im Widerspruch steht etwa der Fall des Kohlenplatzhandels, wo 5 % Marktanteil nicht für erheblich angesehen wurden.[277] Nimmt man gar die Verschlechterung der Bedarfsdeckung als Maßstab, so würden selbst typische Kartellformen nicht mehr dem § 1 GWB unterliegen.[278] Richtig ist sicherlich, eine Relativierung vorzunehmen und danach davon auszugehen, daß jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten den § 1 GWB verletzt. Diese Leitlinie ist auch in der Rechtsprechung des BGH weitgehend eingehalten worden.[279] Zur Frage der seit 1973 zugelassenen Bagatellkartelle wird später Stellung zu nehmen sein. Anhand dieser Auslegungskriterien und den vorgenannten Beispielsfällen zeigt sich, daß praktisch alle staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen dieses Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse erfüllen.

---

276. WuW/E BGH, 1962, S. 491
277. WuW/E OLG, 1959, S. 290
278. Cromme, WuW 1969, S. 601 ff.
279. vgl. BB 1977, S. 410 und BGH/Z, Bd. 37, S. 194 ff.

4.2.6. Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen

Letzte Voraussetzung ist, daß es sich um den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen handelt. Dieses Merkmal stellt eine Ergänzung zu dem der Unternehmen oder Vereinigungen in der Weise dar, daß dadurch Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern im Regelfall ausscheiden.(280) Unter dem Begriff Ware ist demnach kartellrechtlich jeder Gegenstand zu verstehen, der "einen eigenen in sich geschlossenen wirtschaftlichen Wert und eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit hat, der Gegenstand einer Herrschaft und Verfügung sein kann und als solcher geeignet ist, im Geschäftsverkehr veräussert und erworben zu werden".(281) Es ist also nicht der enge Warenbegriff des HGB übernommen worden, so daß neben beweglichen Sachen auch Rechte und Grundstücke Gegenstand eines Marktes mit freiem Wettbewerb sein können.(282)

Der Begriff der gewerblichen Leistungen muß enger als im allgemeinen Sprachgebrauch ein Pendant zum Warenbegriff darstellen,

---

280. Rinck, aaO, Rdnr. 801
281. Hoth, WRP 1956, S. 267
282. vgl. WuW/E BGH, 1964, S. 609 f. und WuW/E OLG, 1973, S. 1380 sowie WuW/E OLG, 1969, S. 1006

so daß er sich wesentlich dadurch unterscheidet, daß der Erfolg oder das wirtschaftliche Ergebnis bei demjenigen eintritt, für den der Leistende tätig wird.[283] Die Frage der Gewerblichkeit geht Hand in Hand mit dem Unternehmensbegriff, so daß die bei einer unternehmerischen Tätigkeit erbrachten Leistungen gewerblich sind. Dies schließt sowohl Maßnahmen der öffentlichen Hand als auch der Unternehmer aus.[284] Die wirtschaftlichen Auswirkungen von möglichen arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen führen damit wie eingangs festgestellt nicht zur Anwendung des Kartellrechts. Diese Abgrenzung zeigt, daß nur die im Praxisbereich ausgeschlossenen Beispielsfälle von dieser Ausnahme berührt sind; alle anderen staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen erfüllen somit diese wie auch die zuvor erwähnten Tatbestandsmerkmale des § 1 I S. 1 GWB.

---

283. Hoth, WRP 1956, S. 267

284. vgl. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 102 f.

4.3. Lösungsmöglichkeiten über § 1 I S.1 GWB

Vorausgehend ist festgestellt worden, daß die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen vom generellen Kartellverbot nach § 1 I S. 1 GWB tatbestandsmäßig erfaßt werden. Zu prüfen ist deshalb, ob nicht irgendwelche Lösungsmöglichkeiten dergestalt bestehen, daß die kartellrechtliche Unwirksamkeit dieser Abkommen verhindert werden könnte.

4.3.1. Restriktive Auslegung

Die Überlegungen hinsichtlich einer restriktiven Auslegung beruhen darauf, daß dieser Tatbestand durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe eine solch weite Fassung erfahren hat, daß zahlreiche Kartellvereinbarungen den Tatbestand erfüllen, obwohl sie offenbar zulässig sein müßten.(285) Diese praktischen Bedürfnisse zeigen sich in besonderem Maße bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen. Danach sind Lebensvorgänge eben nicht nur wirtschaftlich und wettbewerbsrechtlich sondern auch in anderer Hinsicht relevant;

---

285. Müller-Griess-Giessler, aaO, Rdnr. 112

solche Marktvorgänge können mitunter auch durch das öffentliche Interesse geboten sein. Diese Abkommen sind also in der Regel als Wettbewerbsbeschränkung zu mißbilligen, aber hinsichtlich anderer Ziele billigenswert. Daraus entwickelt sich ein Konflikt zwischen außerwettbewerblichen, der Rechtsordnung insgesamt zugrunde liegenden Zielen und dem Wettbewerb als Ausdruck wirtschaftlicher Freiheit und ein Mittel der Wohlstandsmehrung.(286)

Deshalb wurde immer wieder versucht, diesem Problemkreis bereits durch eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1 I S. 1 GWB beizukommen. Daß dies fraglich und letztlich zum Scheitern verurteilt ist, zeigt bereits die vorangegangene Subsumtion. In diesem Meinungsstreit wurde dabei vor allem auf das Merkmal des gemeinsamen Zweckes abgestellt und dies an der Frage aufgehängt, ob die Wettbewerbsbeschränkung Zweck der Vereinbarung sein muß.(287) Als Ausgangspunkt dieser Überlegungen wird auf die Zwecktheorie abgestellt, um die Selbstbeschränkungsvereinbarungen von den übrigen Kartellverträgen abzutrennen. Es wird damit argumentiert, daß keine Wettbewerbsbeschränkung sondern

---

286. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 47

287. Sandrock, aaO, S. 237

der Schutz von Interessen der Allgemeinheit bezweckt wird.[288] Dieser Meinung nach ist die Rechtsfolge des § 1 GWB solchen Tatbeständen nicht angemessen, die nicht dem gesetzlichen Leitbild des § 1 GWB entsprechen. Jedoch schon bald wurden diese Versuche wieder aufgegeben. Dies geschah zum einen deshalb, weil eine gewisse Hinwendung zur Folgetheorie festzustellen war, aber auch weil der Ansatz dieser Auslegung schon fragwürdig war.[289] Ein solches Abkommen kann nämlich auch durch mehrere Zwecke gekennzeichnet sein, nämlich sowohl der Wettbewerbsbeschränkung als auch eines allgemein hochwertigen Rechtsgutes, wobei die Abtrennung zur Motivebene sehr schwierig werden kann. Diese Zwecke sind dann aber bei den Selbstbeschränkungsabkommen in der Weise einander nachgeordnet, daß primär die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird und dadurch, mehr einem Motiv vergleichbar, das öffentliche Interesse verfolgt wird.[290] Die Unterscheidung zu den gewöhnlichen Kartellverträgen liegt also nicht im sogenannten Vorzweck, sondern im eigentlichen Endzweck, der hier nicht unternehmensbedingt sondern allgemeinbedingt ist. Wie bereits angedeutet sind diese Endzwecke jedoch als Motiv jeglicher

---

288. Lieberknecht-Gnauk, BB 1963, S. 1068
289. vgl. Säcker, aaO, S. 56
290. Horstmann, aaO, S. 31

Vereinbarungen anzusehen und deshalb über den vorliegenden Tatbestand rechtlich überhaupt nicht greifbar. Soweit im übrigen Verträge in einzelne Bestandteile untergliedert sind verfolgt bei den Selbstbeschränkungsabkommen zumindest ein Teil den Zweck der Wettbewerbsbeschränkung und bringt damit das ganze Vertragswerk zu Fall.

Weiter wurde über das Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit zur Beeinflussung der Marktverhältnisse eine restriktive Auslegung versucht, was ebenfalls bereits zuvor aufgezeigt worden ist. Das Erfordernis einer spürbaren Beeinflussung soll deshalb bei Selbstbeschränkungsabkommen nicht vorliegen, weil sie quantitativ oder qualitativ den Wettbewerb nur unbedeutend einschränken würden.(291) Die Frage des quantitativen Minimums ist bereits ausführlich erörtert und kann sowieso nur in dem Sonderfall eingreifen, daß den Selbstbeschränkungsabkommen ein Bagatellcharakter zukommt.(292) Eher einschlägig könnte schon die Voraussetzung eines qualitativen Minimalerfordernisses sein. Dieser Gedanke ist jedoch seit seines Auftauchens nie richtig ausgeformt worden und dermaßen ungenau als Bagatell-

---

291. Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 26 ff.
292. Sandrock, aaO, S. 208 ff. und
Rieger, aaO, S. 92 ff.

sache fixiert worden, was dann eigentlich den quantitativen Erfordernissen schon sehr nahe kommt.[293] In Wirklichkeit betrifft dieses qualitative Minimum unwesentliche Marktbeeinflussungen und würde, wenn dies gesetzlich möglich wäre, manche Selbstbeschränkungsabkommen vom Kartellverbot ausnehmen. Für diese Auslegung besteht jedoch keine Grundlage im Gesetz und auch entsprechende Vorschläge drangen nie durch.[294] Mit Hilfe des qualitativen Minimums läßt sich also keine Differenzierung zwischen zulässigen und verbotenen oder mit anderen Worten guten und schlechten Kartellen erreichen.[295]

Damit können an dem Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 I S. 1 GWB keine Zweifel bleiben. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift ist also auch kein Raum für die Ansichten, die trotz Vorliegen dieses Tatbestandes, solche Konstellationen entweder gar nicht als Kartelle oder aber als sogenannte Zwangskartelle bezeichnen.[296] Selbst ein bestehendes öffentliches Interesse gibt nicht die Möglichkeit, ohne entsprechende rechtliche

---

293. Sandrock, aaO, S. 91 ff.
294. Hoppmann, DB 1970, S. 93 ff.
295. vgl. Horstmann, aaO, S. 29
296. Schlarmann, NJW 1971, S. 1394 und vgl. Schüssler, NJW 1962, S. 2271

Handhabe eine ausnahmsweise Gestaltung vorzunehmen.[297] Allein eine Berufung auf den eigentlichen Sinn des Gesetzes hebt noch lange nicht die vorliegende Subsumtion auf.[298] Deshalb sind nunmehr die verschiedenen denkbaren Lösungsmöglichkeiten zu überprüfen.

4.3.2. Rechtsfortbildende Restriktion

Vielversprechender erscheinen die Lösungsansätze, nach denen der Anwendungsbereich des § 1 GWB durch rechtsfortbildende Restriktion der Kartellverbotsnorm unabhängig von dem Vorliegen der einzelnen Tatbestandsmerkmale eingeschränkt werden soll.[299] Zur restriktiven Auslegung besteht der Unterschied darin, daß bei einer solch engen Auslegung eine ihrem Wortlaut nach zu weit gefaßte Gesetzesvorschrift unter Ausnutzung des Interpretationsspielraumes, den der Wortlaut der Bestimmung übrig läßt, eingeschränkt wird.[300] Dabei wird die Bedeutung eines im Normtatbestand verwendeten Ausdruckes auf seinen Vorstellungskern beschränkt. Die rechtsfortbil-

---

297. vgl. Kaiser, NJW 1971, S. 585 f. und vgl. Möschel, BB 1972, S. 464 f.
298. Hübner, aaO, S. 26 ff.
299. Rieger, aaO, S. 30 ff.
300. Enneccerus-Nipperdey, aaO, Bd. 1, S. 335

dende Restriktion dagegen, oder genauer die teleologische Restriktion genannt, geht über die Grenzen des möglichen Wortsinnes einer Vorschrift hinaus, engt möglicherweise sogar den Vorstellungskern eines Tatbestandsmerkmals ein und legt ihr Anwendungsgebiet nach besonderen Regeln, möglicherweise sogar praeter oder contra legem fest.(301) Dadurch wird eine Norm nicht angewandt, obwohl die einzelnen Tatbestandsmerkmale möglicherweise sogar ihrem eingeschränkten Wortsinn nach erfüllt sind. Entscheidend ist hier also nicht der Wortlaut sondern der Sinn und Zweck der Norm. Sehr anschaulich sagt dies die Umschreibung, daß die restriktive Auslegung dann eingreift, wenn der Gesetzgeber "nicht gesagt hat, was er sagen wollte", die rechtsfortbildende Restriktion aber dann, wenn er "gedacht hat, was er nicht denken sollte".(302) Nachfolgend sollen solche Versuche der rechtsfortbildenden Restriktion, also quasi der Verbesserung des Gedankens des GWB, aufgezeigt werden.

4.3.2.1. Praxisgrundsätze

Zunächst einmal ist zu überprüfen, inwieweit die rechtsfortbildende Restriktion

---

301. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 377 f.
302. Rieger, aaO, S. 31

bereits in der Praxis Anklang gefunden hat. Dabei soll exemplarisch auf die Doppelsteckerentscheidung des Bundeskartellamtes eingegangen werden, die wohl diesbezüglich noch immer als richtungsweisend für die Verwaltungspraxis bezüglich Selbstbeschränkungsabkommen gelten kann.[303] Darin ist zur Frage, ob ein wettbewerbsbeschränkender Vertrag, der im Interesse des einzelnen abgeschlossen wurde, Rechtskraft hat, obwohl der Wortlaut des § 1 GWB die Nichtigkeit der Vereinbarung anordnet, ausgeführt, daß die Grenze zwischen dem Schutzbereich des GWB und anderen Gemeinschaftsordnungen sich aus dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter ergibt. Das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung findet danach seine Grenze in dem Sicherheitsbedürfnis des einzelnen; Sicherheitsbestimmungen, die von verantwortlichen Staatsbürgern zum Schutz des einzelnen erstellt werden, liegen aber außerhalb des Schutzbereichs des § 1 GWB. Somit ist nach dem Bundeskartellamt entscheidend, daß die Selbstbeschränkungsmaßnahmen mit der größten Verantwortung erlassen werden, ausschließlich dem Sicherheits- und Ordnungszweck dienen, nicht Vorwand für marktpolitische Maßnahmen sind und der Öffentlichkeit zur Erhebung von Einwänden Gelegenheit gegeben wird.

---

303. WuW/E, BKartA 1960, S. 145

Die vorgenannten Kriterien dürften dabei wohl als grundlegende Richtlinien des Bundeskartellamtes für spätere Entscheidungen gelten, was auch der Handfeuerlöscherfall zeigt.[304] Mit deren Untersuchung hat sich erstmals Horstmann näher befaßt.[305] Erstes Merkmal ist danach die "größte Verantwortung". Dieses rein subjektive Kriterium kann danach einmal bedeuten, daß der Eigennutz nicht Motiv für ein solches Abkommen sein darf und damit verbunden ein allgemeines Verantwortungsgefühl den Anstoß hierfür gegeben haben muß. Dagegen wird eingewendet, daß die Überwachung mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden ist. Weiter soll nicht die ethische Grundhaltung ausschlaggebend sein sondern die Tatsache, daß der angestrebte Schutz des höherrangigen Gutes tatsächlich erreicht wird. Begründet wird dies damit, daß nicht ein Wohlverhalten honoriert sondern in diesem Falle der Schutz der menschlichen Gesundheit verbessert wird. Horstmann sieht in dieser Lehrformel der größten Verantwortung nur mehr einen Ersatz für die fehlende rechtliche Bindung der Konfliktlösung.

Als zweite Bedingung müssen die Selbstbeschränkungsmaßnahmen ausschließlich dem

---

304. WuW/E , BKartA 1961, S. 370
305. Horstmann, aaO, S. 36 ff.

Sicherheits- und Ordnungszweck dienen. Diese Feststellung ist zum ersten davon abhängig, daß dem Sicherheits- und Ordnungszweck ein so hoher Stellenwert zugesprochen wird, daß ihm Vorrang gegenüber dem Wettbewerb gebührt. Die weitere Forderung der Ausschließlichkeit des höherrangigen Selbstbeschränkungszweckes stellt Horstmann mit Recht als praxisfremd dar.(306) Sowohl bei der Doppelsteckervereinbarung als auch bei der Übereinkunft der Zigarettenhersteller und der Selbstbeschränkung der Mineralölwirtschaft kann von den beteiligten Unternehmen wohl kaum verlangt werden, daß sie nur das allgemeine Interesse im Auge haben.(307) Wenn sie der staatlichen Initiierung folgen, so wollen sie damit immer gleichzeitig auch eigene Ziele erreichen, etwa die Verhinderung schärferer Gesetze und die Sicherung eigener Marktanteile, etwa verbunden mit einer gleichmäßigen Absatzsteigerung. Dies ist auch ganz natürlich, da etwa im Falle der Zigarettenwerbung ein Selbstbeschränkungsabkommen zu Markteinbußen und Gewinnverlusten führen kann und mit der Bindung wenigstens erreicht werden soll, daß alle Konkurrenten gleichmäßig betroffen sein sollen.(308) Sowohl hier wie auch

---

306. Horstmann, aaO, S. 39 f.
307. vgl. Kaiser, NJW 1971, S. 585
308. Kartte, aaO, S. 29

im anderen Beispielsfalle des Heizölmarktes steht der Marktregulierungszweck bei den Unternehmen im Vordergrund, so daß eine Ausschließlichkeit nicht gegeben ist. Unzweifelhaft ist jedoch diesen beiden Selbstbeschränkungsabkommen die Verfolgung eines hochwertigen Rechtsgutes zuzubilligen. Außerdem wäre dieses Ausschließlichkeitserfordernis auch immer schwer zu überprüfen.

Weiterhin wird für erforderlich gehalten, daß das Selbstbeschränkungsabkommen nicht Vorwand für marktpolitische Maßnahmen sein darf. Dazu hat die vorangegangene Erörterung bereits gezeigt, daß dies kaum erfüllbar ist und daß eine starke Überschneidung mit den zuvor erörterten Merkmalen besteht. Schon bei der Frage der Zwecktheorie ist aufgezeigt worden, daß neben einem Vorzweck auch ein Endzweck bei solchen Abkommen gegeben ist, so daß auch das Ausschließlichkeitsgebot unter Einbeziehung der Motivebene im Regelfall leerläuft.

Das Bundeskartellamt verlangt zudem, daß der Öffentlichkeit Gelegenheit zur Erhebung von Einwendungen gegeben werden muß. Ob dies für die Freistellung vom Kartellverbot ein wesentliches Kriterium sein kann, ist fraglich, weil damit nur die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens vorgeschrieben wird. Zum Gehalt des Selbstbeschränkungsabkommens selbst ist damit

nichts gesagt, es soll nur garantieren, daß für die Beurteilung möglichst viele Gesichtspunkte durch die Betroffenen zusammengetragen werden. Horstmann sieht darin den Versuch die Durchbrechung der lückenlosen Publizitätsvorschriften für gesetzliche Ausnahmen vom Kartellverbot zu verhindern.(309) Im übrigen wird damit zugleich bezweifelt, ob damit eine für alle derartigen Fälle anwendbare Veröffentlichungsregel vorliegt.

Schließlich setzt das Bundeskartellamt weiterhin voraus, daß ein sicherheitswidriger Zustand ernstlich drohen und die getroffene Abwehrmaßnahme zu seiner Verhütung geeignet sein muß. Damit soll die Zahl der verbotsbefreiten Selbstbeschränkungsabkommen möglichst gering gehalten werden. Dies geschieht einerseits durch die Heraufsetzung des Gefährdungsgrades und andererseits mit dem Erfordernis der tatsächlichen Eignung.(310) Außerdem soll damit die Abgrenzung zu untypischen Kartellabsprachen getroffen werden, die zwar auch nur zweitrangig im Eigeninteresse geschehen, der Allgemeinheit aber letztlich keinerlei Vorteile erbringen können. Dieses Gebot der Verhältnismäßigkeit ist treffend und gerade für Ausnahmeregelungen

---

309. Horstmann, aaO, S. 43

310. WuW/E, BKartA 1960, S. 152 ff.

einer Vorschrift geboten, die nur auf das notwendige Maß beschränkt sein sollen.

Abschließend läßt sich damit sagen, daß die vom Bundeskartellamt aufgestellten Merkmale für Selbstbeschränkungsabkommen zwar für diesen Einzelfall durchaus richtig gewesen sein können, sie aber überwiegend nicht geeignet sind, eine generelle Leitlinie darzustellen. Sie sind zum einen im Regelfall kaum erfüllbar und zum anderen mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden.(311)

4.3.2.2. Rechtsdogmatische Überlegungen

Die vorgenannte Entscheidung des Bundeskartellamtes macht deutlich, daß trotz gewisser Überlegungen zur Gesetzeskonkurrenz die Lösung auf dem Wege einer rechtsfortbildenden Restriktion gesehen wurde. Zu prüfen ist demnach, was, wie auch Friedrich feststellt, meist übersehen wird, inwieweit dies rechtsdogmatisch überhaupt möglich ist.(312) Ausgangspunkt solcher Überlegungen ist die Feststellung, daß Gesetzeslücken zu schließen sind.(313) Der Normalfall ist aber, daß für ein generell rechtlich regelungsbedürftiges Problem keine Norm besteht.(314) Hier ist

---

311. vgl. Horstmann, aaO, S. 45
312. Friedrich, aaO, S. 111 f. und vgl. Larenz, NJW 1965, S. 1 ff.
313. Stein, NJW 1964, S. 1748
314. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 355

es aber gerade so, daß eine solche Norm vorhanden ist, deren Rechtsfolgeanordnung aber für einzelne, den Tatbestand erfüllende Sachverhalte widersinnig erscheint. Man kann also eigentlich davon sprechen, daß in dieser Norm eine Lücke fehlt, die rechtstechnisch am einfachsten durch Einfügen einer Ausnahmevorschrift geschaffen werden könnte, weshalb diesbezüglich von sogenannten Ausnahmelücken gesprochen wird.(315) Voraussetzung für eine rechtsfortbildende Restriktion ist danach, wie im übrigen auch für eine restriktive Auslegung, das Vorhandensein einer Regelungslücke.(316) Festzustellen ist aber, ob hier überhaupt eine solche Regelungslücke gegeben ist. Im allgemeinen wird davon ausgegangen, daß dies der Fall ist, wenn eine wortgetreue Anwendung des Gesetzes durchaus unpassend, geradezu unvernünftig oder zu einer unangemessen empfundenen rechtlichen Behandlung führen würde.(317) Um diese Aussagen mit einem gewissen Gehalt ausfüllen zu können, muß auf die möglichen Erscheinungsformen einer rechtsfortbildenden Restriktion näher eingegangen werden.

---

315. Engisch, aaO, S. 178 ff.
316. Rieger, aaO, S. 29 f.
317. Enneccerus-Nipperdey, aaO, Bd. I, S. 348 und
Lehmann-Hübner, aaO, S. 65

Eine Restriktion kann zunächst einmal aus dem Zweck einer einzuschränkenden Norm geboten sein.[318] Dieser Normzweck erfordert dann danach keine wortgetreue Anwendung oder aber er würde durch eine strikte Anwendung sogar vereitelt. Abhängig ist dies also davon, was als Zweck des § 1 GWB anzusehen ist. Gerade hierzu werden jedoch die verschiedensten Auffassungen vertreten, was darauf zurückzuführen sein dürfte, daß die mit dem GWB verfolgten Zwecke und Rechtsgüter im Gesetz nicht eindeutig zum Ausdruck kommen. Der Wettbewerb als solcher ist jedenfalls an sich kein erstrebenswertes Gut, da er zweckneutral ist und um bestimmter wettbewerbstranszendenter Ziele willen angestrebt wird.[319] Zu dieser Zweckrichtung des § 1 GWB, auf die deshalb näher einzugehen ist, werden drei grundsätzliche Auffassungen vertreten.

Nach der Individualschutztheorie besteht der alleinige Schutzzweck in der Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer.[320] Damit soll sowohl die freie Wahlmöglichkeit der Anbieter als auch der

---

318. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 377
319. Säcker, aaO, S. 14 ff.
320. Fikentscher, Wettbewerb, aaO, S. 227 ff.
und
Böhm, WuW 1956, S. 173 ff.

Nachfrager gewährleistet werden. Es ist nicht an die Innenfreiheit der an wettbewerbsbeschränkenden Verträgen freiwillig Beteiligten gedacht, vielmehr soll der Eingriff in die Freiheitssphäre Dritter verhindert werden.(321) Damit stellt § 1 GWB eine Ausgestaltung der in Art. 2 I GG festgelegten Freiheitsgarantie dar.(322) Dieser Zweck, die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer zu schützen, würde aber durch eine Anwendung des § 1 GWB bei staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen nicht tangiert. Durch die Nichtigkeit des Abkommens würde nämlich sogar eine Beschränkung dieser Handlungsfreiheit verhindert.

Nach der Institutionsschutztheorie schützt § 1 GWB den Wettbewerb als Institution der sozialen Marktwirtschaft und als Steuerungsinstrument des Wirtschaftsablaufes um seiner ökonomischen Nützlichkeit willen.(323) Dies beruht auf dem Gedanken, daß hierdurch lediglich eine Zweckmäßigkeitsentscheidung in der Form getroffen sei, daß eine Marktwirtschaft mit Wettbewerb die leistungsfähigste Wirtschaftsform sei. Damit sei die Optimierung des wirtschaftlichen

---

321. Biedenkopf, aaO, S. 87 ff.
322. Biedenkopf-Callmann-Deringer, aaO, S.15 ff.
323. Würdinger, WuW 1960, S. 313 ff. und Steindorff, aaO, S. 13 ff.

Wohlstandes am besten gewährleistet.[324] Der Schutz der individuellen Handlungsfreiheit ist demnach ein bloßer Reflex aufgrund der bestehenden institutionellen Wirkung. Das zeigt aber, daß eine Anwendung des Kartellverbotes nach § 1 GWB bei den Selbstbeschränkungsabkommen, den Wettbewerb als Institution nicht berühren würde. Auch sie führen zu Wettbewerbsbeschränkungen, so daß das Verbot lediglich eine Wettbewerbsförderung bedeutet.

Standen vor einiger Zeit diese beiden Meinungen noch in heftigem Widerstreit, so wird heute zumeist eine vermittelnde Ansicht vertreten, nach der das GWB den Individual- und den Institutionsschutz zugleich bezweckt.[325] Demgemäß sind sowohl die gesamtökonomische Wohlstandsoptimierung als auch die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit die beiden grossen Ziele der heute geltenden Wettbewerbspolitik.[326] Dem ist zuzustimmen. Gegen die alleinige Individualschutztheorie spricht schon die Begründung des Regierungsentwurfes von 1952/54 zum GWB, wonach gerade die Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft gesichert werden soll.[327]

---

324. Koenigs, NJW 1961, S. 1041
325. Raiser, BB 1972, S. 471 ff.
326. Mestmäcker, BB 1968, S. 790 ff. und Säcker, aaO, S. 14 ff.
327. vgl. BT-Drucksache II/Nr. 53/54 vom 21.05.1954

Gleichzeitig wird hierin aber auch ausgeführt, daß "die Wettbewerbsordnung gewissermaßen ergänzend die wirtschaftlichen Grundrechte der Freiheit der Arbeits- und Verbraucherwelt" garantiere. Dies wiederum spricht klar gegen die alleinige Institutionsschutztheorie. Demnach ist es wohl richtig, sowohl den Individual- als auch den Institutionsschutz als Schutzgegenstand und damit Zweck des GWB und insbesondere dessen § 1 anzusehen.(328) Dies steht im übrigen auch im Einklang mit den nachfolgenden Regierungserklärungen anläßlich von Novellierungen dieses Gesetzes, worin auf diese beiden Grundfunktionen des marktwirtschaftlichen Wettbewerbes abgestellt wird. Diese herrschende Meinung vereinigt somit in gewissem Umfange die Individual- und die Institutionsschutztheorie. Für beide möglichen Schutzzwecke ist aber bereits ausgeführt, daß sie durch die Selbstbeschränkungsabkommen mehr oder weniger stark beeinträchtigt wurden. Dies muß für beide zusammen nun erst recht gelten. Daraus ergibt sich, daß mit einer Berufung auf Sinn und Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wie auch vom Bundeskartellamt geschehen,(329) die diesbezügliche Nichtanwendung des § 1 GWB

---

328. vgl. Lutz, aaO, S. 201

329. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.

durch eine solche rechtsfortbildende Restriktion sich nicht begründen läßt.

Eine solche Restriktion wäre weiter möglich wegen des Zweckes einer anderen Norm.[330] Der Grund für die Restriktion des § 1 GWB liegt damit nicht in diesem selbst sondern in einer anderen, zumindest gleichrangigen Norm. Im Gegensatz zur Möglichkeit einer Gesetzeskonkurrenz ist dabei aber nicht der Tatbestand des Gesetzes, dessen Zweck die Derogation gebietet, erfüllt.[331] Es sind also positivrechtlich nicht abgegrenzte Zweckvorstellungen des Gesetzgebers einander gegenüberzustellen. Eine solche rechtsfortbildende Restriktion ist demnach nur dann möglich, wenn jede einzelne Absprache in den Bereich einer Überschneidung der Gesetzeszwecke fällt und dabei der Zweck des § 1 GWB, nämlich der Schutz des Wettbewerbes, niederrangig ist.[332] Wie eingangs aufgezeigt, ist eine große Zahl von Selbstbeschränkungsabkommen ersichtlich, deren Schutzzwecke sich ganz erheblich voneinander unterscheiden. Dabei ist fraglich, ob überhaupt in jedem Falle ein solches Vergleichsgesetz vorhanden ist. Es müßte also jedesmal der Schutzzweck eines solchen anderen formellen Gesetzes aufge-

---

330. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 377 ff.
331. Rieger, aaO, S. 46
332. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 338 f.

zeigt und das Rangverhältnis zum Zweck des § 1 GWB ermittelt werden. Dies führt in diesem Zusammenhang zu weit und zeigt zugleich, daß dabei insoweit zumindest keine allgemein gültige Richtlinie zu erwarten ist. Das Bundeskartellamt hat in dieser Doppelsteckerentscheidung diesen Gedanken unter Zitierung von § 13 II EnergieG sowie §§ 1, 2 DVO zum EnergieG anklingen lassen.(333) An Hand dieses Beispiels versucht auch Horstmann aufzuzeigen, wie schwierig solche Normzweckvergleiche sind und daß daraus schwerlich ein genereller Lösungsweg für staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen abgeleitet werden kann;(334) dies mag in dieser Form nur in seltenen Ausnahmefällen zum Erfolg verhelfen.

Weiter kann rechtsfortbildende Restriktion auch noch auf der Vorrangigkeit eines anderen höher bewerteten Rechtsgutes beruhen. Diese Meinung hat sich zwischenzeitlich stark durchgesetzt und ist auch Grundlage dieser bekannten Doppelsteckerentscheidung.(335) Der gerade zum vorangegangenen Restriktionstyp entscheidende Unterschied besteht darin, daß die Wertungskriterien nicht in einem formellen

---

333. WuW/E, BKartA 1960, S. 149 ff.
334. Horstmann, aaO, S. 54 ff.
335. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.

Gesetz enthalten sind, sondern hier sollen der Rechtsordnung immanente oder sogar überpositive Wertordnungen über die Anwendung oder Nichtanwendung der betroffenen Norm entscheiden. Der definitive Maßstab ergibt sich also aus unserer Gesamtrechtsordnung, möglicherweise ergänzt oder ausgestaltet durch ein diese Rechtsordnung selbst tragendes, allgemein gültiges Wertesystem. Dadurch aber ist die Brauchbarkeit dafür gegeben, daß sich durch solch eine Güterabwägung eine generelle Leitlinie für die kartellrechtliche Beurteilung der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen ermitteln läßt. Auf die damit zusammenhängende Problematik soll im folgenden weiter eingegangen werden.

4.3.3. Grundlagen einer solchen Güterabwägung

Die Ansicht, daß ein höherrangiges Rechtsgut die Nichtanwendung einer Norm herbeiführen kann, obwohl diese dem Tatbestand nach eigentlich gegeben ist, fordert nun geradezu die Frage heraus, an Hand welchen Maßstabes eigentlich eine solche Höherrangigkeit festzustellen ist. Zuzugeben ist dabei, daß eine solche Eingruppierung in der Praxis nur in Ausnahmefällen Schwierigkeiten bereitet, die Selbstbeschränkungsabkommen sind aber gerade als solche

Ausnahmefälle charakteristisch. In eindeutigen Fällen wird einem manchmal gar nicht bewußt, daß eigentlich eine solche Eingruppierung vollzogen wird. Sobald jedoch darüber kein Konsens mehr vorhanden ist, wird die Frage nach einem Bewertungsmaßstab wieder deutlich.(336) Besonders Horstmann, aber auch Hübner sind in ihren Darstellungen diesem Problemkreis besonders nachgegangen.(337) Hier soll dabei jedoch nur beschränkt auf wesentliche Punkte darauf eingegangen werden.

4.3.3.1. Rechtstheoretische Wertordnungsüberlegungen

Die Rechtsfortbildung im Wege der Güterabwägung ist demnach auf die Wertungsjurisprudenz zurückzuführen, die als Weiterentwicklung der genetischer Interessenjurisprudenz bezeichnet wird.(338) Zunächst lag dem die Auffassung zugrunde, daß Recht und Gesetz ein bloßes Abbild der gesellschaftlichen Interessen seinen und sich deren Kräfte hier auch entsprechend durchsetzten. Später hat sich aber die Meinung gebildet, daß entscheidend

---

336. Podlech, AöR, Bd. 95, S. 185 ff.
337. Horstmann, aaO, S. 58 ff. und Hübner, aaO, S. 42 ff.
338. vgl. Bender, JZ 1957, S. 594 f.

die Wertung des Gesetzgebers und auch Richters sei, denn die Stärke eines Interesses ist kein Anhaltspunkt für seine Berechtigung, sondern verlangt nach einer eigenen Interessenbewertung.[339] Maßgebend ist also, wie diese Wertordnungen strukturiert sind und ob überhaupt von einer quasi festen Wertehierarchie gesprochen werden kann.

Zum einen wird eine sogenannte Wertethik vertreten, nach der die Werte absolut und unter sich invariabel sind, dies hat aber bezüglich dieser absoluten und starren Rangordnung viel Widerspruch hervorgerufen. Danach läßt sich zwar in bestimmten Zeiträumen eine positive Wertordnung erkennen, die auch in den Normen von Sitte, Moral und Recht ihren Ausdruck findet, deren Bedeutung ist aber stets nur relativ.[340] Jedoch nicht alle entsprechenden Faktoren unterliegen einem solch schnellen Wandel, so daß sie einen gewichtigen Einfluß auf das Rechtsethos nehmen können; dies gilt insbesondere für das Wertesystem der Grundrechtsartikel.[341] Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt der Grundrechtsteil des Grundgesetzes nicht

---

339. vgl. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 129
340. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 133 f.
341. Zippelius, Wertungsprobleme, aaO, S. 152 ff. und 179 f.

nur eine Wertordnung für das öffentliche Leben dar, sondern das Grundgesetz soll bewußt nicht wertneutral sein, obwohl es in den Grundrechtsabschnitten gerade eine objektive Wertordnung enthält, was aber eben nur den Grundrechten eine prinzipiell stärkere Geltungskraft verleihen soll.[342] Deshalb hat sich eine Güterabwägung stets im Rahmen dieser grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien zu halten. Daraus wurde der Schluß gezogen, daß ein Wandel innerhalb dieser Werthierarchie durchaus möglich sei und dies sich dann in allen Rechtsbereichen durchsetzen müsse.[343] Gerade in der Anwendung und Auslegung der Gesetze wird danach diese Wandelbarkeit der Wertordnung der Verfassung deutlich. Wenn also mehrere Werte miteinander kollidieren, ist ein gerechter Ausgleich der verschiedenen Wertungen bei der Rechtsanwendung und Rechtsfindung herzustellen. Stein stellt in seiner nicht unumstrittenen Werterangordnung die "Würde der freien menschlichen Persönlichkeit" als Grundwert an die Spitze.[344] Darum herum sind als weitere Leitideen die Persönlichkeitswerte wie Freiheit, Leben, Gesundheit usw., die Toleranzwerte wie Bekenntnis- und Meinungs-

---

342. BVerfG/E 7, S. 205 ff.
343. Stein, NJW 1964, S. 1747 ff.
344. Stein, NJW 1964, S. 1752 ff.

freiheit, die sittlichen Gemeinschaftswerte, das Gleichbehandlungsgebot, die Vermögenswerte, Sozialwerte, politischen Gemeinschaftswerte und Gemeinschaftsschutzwerte gruppiert. Dies stellt zwar eine treffende Systematisierung der Grundrechte dar, schafft aber keine praktikable, rangunterschiedliche Werthierarchie. Daran zeigt sich, daß die objektive grundrechtliche Wertrangordnung nicht als festes und starres System verstanden werden kann. Es gibt nur die Grundlage für konkrete Konfliktsfälle, verlangt ansonsten aber nach einer problemorientierten Grundrechtsinterpretation.(345)

4.3.3.2. Konkreter Einfluß der grundgesetzlichen Wertrangordnung

Zu prüfen ist nunmehr, welchen Einfluß diese oben aufgezeigten Grundsätze auf die Güterabwägung der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen im Rahmen des § 1 GWB haben. Hier liegt jeweils ein Konflikt zwischen dem Rechtsgut Wettbewerb auf der einen Seite und den unterschiedlichsten anderen Rechtsgütern auf der anderen Seite vor. Der zuvor bereits eingehend definierte Wettbewerbsbegriff findet keine ausdrück-

---

345. vgl. Rupp, Festschrift 10 Jahre GWB, aaO, S. 190 f.

liche Erwähnung im Grundgesetz. Das besagt aber noch nicht, daß ihm ein besonderer Schutz versagt wäre, zumal die Wettbewerbsfreiheit von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG mitumfaßt wird. Damit ist aber über den Stellenwert noch gar nichts ausgesagt, da dies eben nur eine qualitativ besondere Handlungsfreiheit darstellt und auch mit anderen speziellen Handlungsfreiheiten in Widerstreit geraten kann.(346) Da der Wettbewerb aber wie festgestellt nicht Selbstzweck ist, sondern um bestimmter wettbewerbstranszendenter Ziele willen angestrebt wird,(347) könnte er über diese Ziele eine grundgesetzliche Abdeckung erfahren haben. Nach Kantzenbach ist dabei grob zwischen außerökonomischen und ökonomischen Zielen zu unterscheiden.(348) Dies ist demnach erstens die Sicherung der individuellen Freiheit im Bereich der Wirtschaft sowie zweitens eine gerechte Einkommensverteilung, bestmögliche Angebotszusammensetzung, optimale Faktorallokation, hohe Anpassungsflexibilität sowie die Sicherung des technischen Fortschritts. Soweit darin der Freiheitsbereich angesprochen wird, ist wiederum auf die allgemeine Handlungsfrei-

---

346. vgl. Leibholz-Rinck-Helbig, aaO, Art. 2 II, A V, Rdnr. 5 ff.
347. Säcker, aaO, S. 14
348. Kantzenbach, aaO, S. 18 ff.

heit zurückzugehen, bezüglich der sonstigen ökonomischen Zielfunktionen ist im Grundgesetz ebenfalls direkt nichts ausgesagt. Diese gesamten Überlegungen könnten aber im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft ihren grundgesetzlichen Niederschlag gefunden haben.(349) Nach heftigen Diskussionen in den fünfziger Jahren hat sich jedoch die Meinung durchgesetzt, daß das Grundgesetz nicht eine Entscheidung für die eine oder andere Form einer Wirtschaftsordnung enthalte, sondern wirtschaftspolitisch neutral sei.(350) Das Grundgesetz enthält lediglich etwa in den Art. 11,12 und 14 gewisse konkrete Einzelbestimmungen, die beispielsweise mit einer Zentralverwaltungswirtschaft unvereinbar wären.(351) Damit ist hierdurch insgesamt noch nichts über die Wertrelationen zwischen dem Rechtsgut Wettbewerb und anderen Rechtsgütern gesagt, wobei das diesbezügliche Schweigen des Grundgesetzes zunächst einmal wertfrei für die Frage einer Vor- oder Nachrangigkeit anzusehen ist.

4.3.3.3. Konkrete Versuche einer Wertordnungshierarchie

Bei den Selbstbeschränkungsabkommen taucht

---

349. Rieger, aaO, S. 76 ff.
350. BVerfG/E 4, S. 117 f.
351. Kriele, ZRP 1974, S. 109

zumeist eine Konfliktlage zwischen dem Rechtsgut Wettbewerb und, entsprechend der zu Beginn aufgezeigten Bereiche, den außerökonomischen Rechtsgütern wie Gesundheit, Jugendschutz und Umweltschutz auf; es können aber auch vereinzelt ökonomische Rechtsgüter wirtschaftspolitischer oder wirtschaftsstruktureller Art auftreten. Bezüglich des Gesundheitsschutzes ist schon der Versuch unternommen worden, diesem durch seine Postulierung in Art. 2 II GG eine so weitreichende Bedeutung zu geben, daß er gegenüber dem Wettbewerb immer vorrangig wäre.(352) Zu beachten ist dabei aber zugleich die Möglichkeit der Eingriffnahme aufgrund eines Gesetzes, so daß die vorgenannte Wertung zumindest nicht absolut gelten kann. Im übrigen enthält die Verfassung auch zu anderen möglichen Rechtsgütern keine Erwähnung.

Außerdem wäre eine solche absolute Über- oder Unterordnung auch mehr als schädlich, da die Beeinträchtigungen des einen oder anderen Rechtsgutes unabhängig von der Intensität des jeweiligen Eingriffs zu beurteilen wären. Da aber trotzdem die gesamte Güterabwägung nicht offen gelassen und dem Einzelfall überlassen werden kann, ist der Versuch von Zippelius beachtenswert, ein differenziertes Interessenabwägungs-

---

352. Horstmann, aaO, S. 77 f.

schema anzuwenden.[353] Nach der Gegenüberstellung der Rechtsgüter ist danach festzustellen, in welchem Ausmaß sich eine Entscheidung auf die möglichen Zwecke auswirken wird. Aufgrund dieser Auswirkungen und unter Zugrundelegung der herrschenden Wertvorstellungen sowie unter Einschluß einer Wahrscheinlichkeitsfeststellung bezüglich des erwarteten Ergebnisses findet dann diese Güterabwägung statt, wobei die Vorteile gegen die Nachteile der Entscheidung aufzurechnen sind. Im Endeffekt führt jedoch auch dies wegen seiner zumindest doppelten Wertung zu einer weitgehenden Anpassung an den Einzelfall.[354]

Diese vielschichtigen Bewertungsprobleme sind in Literatur und Rechtsprechung nur vereinzelt und vage angesprochen worden. Das Bundeskartellamt geht in seiner Doppelsteckerentscheidung von einer Art Offensichtlichkeit der Wertungsentscheidung aus.[355] Lediglich Hübner hat sich mit dieser Problematik näher befaßt.[356] Dabei meint er allerdings, daß die von § 1 GWB geschützten Rechtsgüter nicht den Rang von Grundrechten hätten und deshalb immer

---

353. Zippelius, Wesen des Rechts, aaO, S. 106 ff.
354. vgl. Steindorff, aaO, S. 30 ff.
355. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.
356. Hübner, aaO, S. 51 ff.

hinter den wirklichen Grundrechten zurücktreten müßten. Dabei spricht auch er das Rechtsgut der Gesundheit nach § 2 II GG an, hinter dem das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, auf das mit dem Wettbewerb bezug genommen werden kann, zurücktreten müsse.(357) Weiter wird auf den Arbeits- und Sozialbereich unter Hinweis auf das in Art. 20 I GG verankerte Sozialstaatsprinzip hingewiesen, weshalb auch hier eine grundsätzliche Vorrangigkeit gegeben sei. Die von ihm erwähnte Bezugnahme auf Art. 9 III GG ist entbehrlich, da die Streikhilfeabkommen und ähnliche Fälle sowieso ausgenommen worden sind. Soweit Hübner auf die Vorrangigkeit des Jugendschutzes verweist, kann er sich auch hier nicht mehr auf eine grundgesetzliche Wertung beziehen sondern nur noch auf die mannigfaltigen gesetzgeberischen Bemühungen Bezug nehmen, die ihren Niederschlag in formellen Gesetzen gefunden haben. Gerade letzteres zeigt, daß auch der Versuch Hübners fraglich, zumindest aber nicht als voll gelungen bezeichnet werden kann. Soweit gerade ein Vorrang eines Rechtsgutes aufgrund des Vergleichs der Zweckrichtung formeller Gesetze postuliert wird, zeigt sich der eindeutige subjektive Einschlag. Bei den grundgesetzlich begründeten Vorrangstellungen ist

---

357. vgl. BVerfG/E 6, S. 32 ff.

den ausdrücklichen oder immanenten Schranken nicht genügend Beachtung geschenkt worden. Im übrigen ist das Ergebnis, daß dem Wettbewerb und seinen Zielen überhaupt keine grundgesetzliche Bedeutung zukommt, nicht richtig.[358] Man braucht zwar nicht so weit zu gehen, das GWB als "magna charta" der Wirtschaftsfreiheit zu verstehen und ihm einen ausgesprochenen Grundrechtscharakter zukommen zu lassen,[359] doch durchdringt unsere Wirtschaftsordnung gewisse Grundrechtsbereiche und ist vor allem einer Bezugnahme auf Art. 2 I zugänglich. Auf Art. 20 I GG kann im übrigen praktisch immer verwiesen werden, so daß dies überhaupt nichts für die Beurteilung erbringt und nur eine unendliche Ausweitung mit sich führt. Hübner versucht sodann seine von ihm eingenommenen absoluten Wertfeststellungen durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu nivellieren,[360] doch ist dabei zu beachten, daß dies zunächst nach einem solch starren System beurteilt werden müßte und nur soweit dies nicht eingreift oder einen gewissen Spielraum läßt, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum tragen kommen kann. Intensität und Ausmaß der fraglichen Maßnahme können dadurch nurmehr bedingt berücksichtigt werden.

---

358. vgl. Horstmann, aaO, S. 81 f.
359. Günther, BB 1957, S. 721
360. Hübner, aaO, S. 53

Diese ganzen Überlegungen zeigen, daß keine exakte Wertordnungshierarchie besteht oder auch nur irgendwie festgelegt werden könnte. Vielmehr ist die jeweilige Entscheidung vom konkreten Einzelfall abhängig, wobei neben den berühmten Rechtsgütern auch das Ausmaß der Entscheidung und die Auswirkungen der Folgen gebührend zu würdigen sind. Grundsätzlich ist aber festzustellen, daß die rechtsfortbildende Restriktion durch eine Güterabwägung einen möglichen Lösungsweg für die aufgeworfene Problematik darstellt.

4.3.4. Rechtssicherheitsgrundsätze

Aus dem vorgenannten ergibt sich, daß eine solche Güterabwägung dem Richter verbleibt und damit an seinen Wertauffassungen orientiert ist. Dies stellt also ein Moment freier richterlicher Rechtsschöpfung dar, selbst wenn diese Rechtsfortbildung bereits seit längerer Zeit stattgefunden hat.[361] Dabei ist jedoch die Grenze der Rechtssicherheit zu beachten, denn die Funktion des Rechts erfordert eine genügende Vorhersehbarkeit und Kontinuität von Rechtsentscheidungen. Für alle Beteiligten ist diese Orientierungssicherheit

---

361. Zippelius, Wertungsprobleme, aaO, S. 96

für die Zukunft bedeutsam, da er seine Planungen darauf ausrichten können muß.[362] Sicherlich ist auch dieses Gebot der Rechtssicherheit nur relativ, doch muß durch eine Güterabwägung nicht nur die Gerechtigkeit im Einzelfall sondern auch die Verläßlichkeit auf Rechtsgrundsätze gewährleistet sein. Gerade auf dem Gebiet des Wirtschafts- und insbesondere des Wettbewerbsrechts sind damit einer solchen Rechtsfortbildung wegen Umfang und Bedeutung der Entscheidungen aller Beteiligten für sich selbst, aber auch für die Allgemeinheit enge Grenzen gesetzt. Eine Güterabwägung ist, wie aufgezeigt immer, zumindest teilweise subjektiv und damit schwer vorhersehbar. Die Frage aber, ob Selbstbeschränkungsabkommen gültig sind oder nicht, ist für alle Beteiligten wichtig, da sie daran ihre Entscheidungen ausrichten müssen. Deshalb ist bereits daran gedacht worden, vor Ausführung der geplanten Wettbewerbsbeschränkung den Sachverhalt der Kartellbehörde zur Beurteilung und Stellungnahme vorzulegen.[363] Die Kartellbehörde ist aber nicht in der Lage, wenn sie dieses Abkommen für unbedenklich hält, ein verbindliches Negativattest auszustellen, da das GWB diese Möglichkeit rechtlich nicht

---

362. Zippelius, Einführung, aaO, S. 125 ff.
363. Tetzner, aaO, S. 3 f.

vorsieht.[364] Selbst wenn das Bundeskartellamt in der Vergangenheit Unbedenklichkeitsbescheinigungen quasi ausgesprochen hat, so bringt dies den Beteiligten noch lange keine Rechtssicherheit, da ein nachfolgendes Gericht dadurch überhaupt nicht gebunden würde. Im übrigen ist es sowieso sehr fraglich, ob ein solches eventuelles Vorgehen des Bundeskartellamtes überhaupt mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit vereinbar wäre, da die Kompetenzen hierdurch in kaum kontrollierbarer Weise überschritten würden.[365]

Dies zeigt also, daß eine Güterabwägung ziemliche Probleme bezüglich der Rechtssicherheit aufwirft. Dieser Problemansatz ist zwar grundsätzlich treffend und möglich, verlangt aber unbedingt nach einer konkreten Vorhersehbarkeit und bedarf im übrigen danach auch noch Überlegungen, inwieweit dies in verschiedenen Bereichen systemgerecht und rechtlich überhaupt zulässig ist.

4.3.5. Problem der rule of reason

Eingeschoben werden soll an dieser Stelle der Gedanke, ob für die Anwendung des

---

364. Rinck, aaO, Rdnr. 1102
365. vgl. Erhard-Berg, WuW 1952, S. 735

§ 1 GWB gewisse Regeln vorhanden sind, die innerhalb dieses Rahmens besondere Ausnahmeregelungen erlauben. Dabei ist zunächst nochmals die eingangs erörterte rule of reason aufzugreifen. Entstehung und Bedeutung sowie die Ausgestaltung auch unter Bezugnahme der per se-Regeln sind dabei deutlich geworden. Aufgezeigt worden ist, daß die rule of reason ebenfalls nach einer Würdigung des Einzelfalles verlangt, ohne einen genauen Beurteilungsmaßstab zu geben. Dies ist nur an Hand der Rechtsprechung möglich und hat gerade aus diesen Rechtssicherheitsgründen die Einführung der per se-Regeln bedingt. Das kommt also der zuvor aufgeworfenen Problematik sehr nahe. Im übrigen sind im deutschen Wettbewerbsrecht bereits einige quasi vernünftige Wettbewerbsbeschränkungen durch die §§ 2 - 8 GWB vom grundsätzlichen Kartellverbot ausgenommen. Dadurch wird auch die hiermit zum Ausdruck kommende Überlegung deutlich, daß der Gesetzgeber diese Fragen positivrechtlich entschieden hat und nicht dem Richter überlassen wollte.[366] Das deutsche Kartellrecht ist also insoweit nicht mit dem amerikanischen vergleichbar, als es detaillierte und nach dem Willen des Gesetzgebers erschöpfende Vorschriften über die Ausnahmen vom Kartellverbot enthält. Daran ändern auch nichts

---

366. Sangmeister, aaO, S. 126

die Überlegungen, daß es neben einer wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen auch eine rechts- und sozialpolitische sowie eine allgemeinpolitische rule of reason geben könne.[367] Gedacht worden ist auch daran, daß die Generalklausel des § 8 GWB eine Ausformung dieses Rechtsgedankens darstellen würde und damit die rule of reason Einfluß auf das deutsche Wettbewerbsrecht nehmen könnte.[368] Dem steht aber die Tatsache entgegen, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hierfür keine Anhaltspunkte ergeben.[369] Auch die frühen Entscheidungen des Bundeskartellamtes und der Gerichte lassen keinen entsprechenden Schluß zu, obwohl gerade hier noch der Einfluß der Dekartellierungsgesetze am größten war und solche Überlegungen am naheliegendsten hätten sein müssen.[370] Dagegen spricht auch, daß in den §§ 2 - 7 GWB gewisse wirtschaftlich begründete Ausnahmen schon fixiert sind und auch der § 8 GWB bestimmte Ausnahmen festlegt. Dies alles zusammen zeigt, daß zwar ein gewisser Einfluß des amerikanischen Antitrustrechtes auf das GWB nicht geleugnet werden kann, jedoch für die Anwendung der rule of reason im Rahmen der §§ 1 - 8 GWB

---

367. Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 34 ff.
368. Thal, WuW 1970, S. 319
369. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 55
370. Lieberknecht, BB 1956, S. 156 f.

kein Raum ist. Zudem zeigt die Charakteristik der rule of reason, daß sie zur gestellten Problematik keine optimalen Ansätze bieten würde, sondern mit noch größeren Schwierigkeiten zu kämpfen hätte, so daß zur Frage der Güterabwägung hiermit nichts dienliches ausgesagt werden kann.

4.3.6. Rechtfertigungsgründe

Einen gewissen amerikanischen Einfluß kann auch die nachfolgende Überlegung der Rechtfertigungsgründe bei ihrem Entstehen nicht verleugnen.(371) Von ihrem Charakter her sind diese Versuche aber ganz auf das deutsche Kartellrecht zugeschnitten.(372) Dabei wird von einem dreistufigen Normaufbau wie im Strafrecht ausgegangen, wonach eine Handlung nicht nur den objektiven Tatbestand einer Norm erfüllt haben sondern auch rechtswidrig und schuldhaft sein muß. Übernommen worden ist weiter, daß die Tatbestandserfüllung Indizwirkung für die Feststellung der Rechtswidrigkeit haben soll und nur ausnahmsweise das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen ist. Richtig ist sicherlich, daß die unter die

---

371. Spengler, aaO, S. 36
372. Sandrock, aaO, S. 311 ff. und
Spengler, aaO, S. 23 ff.

§§ 1 und 38 GWB fallenden Wettbewerbsbeschränkungen im erweiterten Sinne rechtswidrig sind. Fraglich ist aber, ob die Einführung eines solchen Rechtfertigungsgrundes im technischen Sinne dogmatisch überhaupt möglich ist. Die Vertreter dieser Meinung unterscheiden zwischen zivilen Unrechtstatbeständen, wie dem § 35 GWB, und Ordnungswidrigkeiten sowie den hierzu im Gegensatz stehenden Rechtsschutzverweigerungstatbeständen, die nur bestimmte Arten von Verträgen für unwirksam und nichtig erklären. Sie stellen an sich keine Unrechtstatbestände dar, werden aber dazu, wenn sich die Beteiligten über die Unwirksamkeit hinwegsetzen.(373) Danach greifen hier die auch sonst anerkannten Rechtfertigungsgründe ein. Hierzu zählen unter anderem das Gewohnheitsrecht, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Abwehrrecht sowie die soziale Adäquanz und der übergesetzliche Notstand.

Dieser Ansicht, die insbesondere zur Anpassungsfähigkeit des Kartellrechtes führen soll, ist im Prinzip zuzustimmen. Die Systematik der §§ 35 und 38 GWB ist zutreffend gekennzeichnet, was sich nicht zuletzt aus § 10 OWiG ergibt.(374) Hier

---

373. Spengler, aaO, S. 30
374. Rotberg-Kleinewefers-Boujong, aaO, § 1 OWiG, Rdnr. 7

sind also die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich geltenden Rechtfertigungsgründe durchaus zu beachten.[375] Trotzdem ergibt sich das erwartete Ergebnis hieraus nicht. Auf § 1 GWB hat ein solcher Rechtfertigungsgrund, obwohl er in § 38 GWB einen Schadensersatz oder eine Geldbuße verhindern kann, im entscheidenden Punkt keinerlei Einfluß; die rechtliche Unwirksamkeit des Vertrages bleibt bestehen.[376] § 1 GWB enthält nämlich keinen solchen Unrechtstatbestand, so daß ein Rechtfertigungsgrund, wie er sicherlich bei den meisten staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen vorliegen würde, gar nicht zum Zuge kommen kann. Im deutschen Wettbewerbsrecht gibt es nämlich gar keine Rechtswidrigkeitsebene.

Deshalb kann auch der Gedanke der Sozialadäquanz, ob nun als Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandskorrektiv,[377] nicht zur Lösung des Problems herangezogen werden. Diese Lehre von der Sozialadäquanz besagt, daß "Handlungen, die sich völlig innerhalb der geschichtlich gewordenen, sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden",

---

375. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 35 GWB, Rdnr. 38 ff.
376. Steindorff, JZ 1960, S. 232
377. Sandrock, aaO, S. 298 ff.

nicht widerrechtlich sind.[378] Obwohl sich dadurch im Prinzip das Erlaubte gegen das Unerlaubte, das vorrangige Rechtsgut gegen das nachrangige Rechtsgut durchsetzen ließe, ist eine Anwendung innerhalb des § 1 GWB aus den oben genannten Gründen, daß dieser keine Bestimmung von Unrecht enthält, nicht möglich.

Die Vertreter dieser Ansicht sind sich einig, daß Wettbewerbsbeschränkungen nur auf der Ebene der Rechtswidrigkeit legitimiert werden können.[379] Diesem Erfordernis wird eine essentielle Bedeutung beigemessen, was bereits bei der Anwendung des § 1 GWB zum Tragen kommen soll. So soll, wenn ein Abkommen den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt, die zivilrechtliche Unwirksamkeit auch dann nicht eintreten, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen durch einen besonderen Legitimationsgrund auf der quasi nachgelagerten Ebene der Rechtswidrigkeit gerechtfertigt sind.[380] Dies könnte in erster Linie durch eine spezialgesetzliche Norm geschehen, etwa Art. 20 I GG sowie Art. 28 I GG, wodurch aufgrund der Sozialstaatsklausel zum Beispiel das Mineralölindustrieabkommen gerechtfertigt wäre. Soweit dabei aber spezielle gesetzliche Kartellerlaubnisse heran-

---

378. Enneccerus-Nipperdey, aaO, Bd. II, S. 1299
379. Sandrock, aaO, S. 311 ff.
380. Sandrock, aaO, S. 329

gezogen werden, erübrigt sich eine Rechtfertigung, da dann der Anwendungsbereich des § 1 GWB aus der Konkurrenz mit spezielleren Gesetzen eingeschränkt ist.[381] Es zeigt sich also, daß solche Konstellationen rechtlich überhaupt nicht möglich sind, da ein Verhalten nur dann rechtswidrig ist, wenn es gegen ein von der Rechtsordnung aufgestelltes Gebot oder Verbot verstößt.[382] Ein Rechtfertigungsgrund kommt also nur bei solchen Normen in Betracht, die in Form der Rechtswidrigkeit ein Unwerturteil enthalten. § 1 GWB mißbilligt zwar wettbewerbsbeschränkende Abreden, er verbietet sie jedoch nicht; ein Verbot enthält nur § 38 I Nr. 1 GWB, wonach nicht schon der Abschluß sondern lediglich die Ausführung untersagt ist. Genau genommen kann man also nicht schon den § 1 GWB sondern erst den § 38 I Nr. 1 GWB als Kartellverbot bezeichnen.[383] Deshalb ist es von der juristischen Dogmatik des deutschen Rechts her nach allgemeiner Ansicht unzulässig, die Anwendung eines bloßen Rechtsschutztatbestandes wie § 1 GWB von dem Erfordernis einer

---

381. Spengler, aaO, S. 39
382. Enneccerus-Nipperdey, aaO, Bd. II, S. 1279
383. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 66

Rechtswidrigkeit abhängig zu machen.[384]

Weiter ist gerade hier einzuwenden, daß das Grundgesetz nicht einseitig vom Sozialstaatsgedanken ausgeht, sondern insbesondere auch solche sozialstaatlichen Grundsätze, auf die man sich bei vielen Kartellbildungen im öffentlichen Interesse glaubt berufen zu können, an den Erfordernissen des Rechtsstaates zu messen sind. Die Sozialstaatsklausel darf nicht dazu dienen, die Bindung, insbesondere der Exekutive an Recht und Gesetz aufzulösen. Besonders Art. 28 I GG macht dies seinem Wortlaut nach deutlich. Die Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben muß in vollem Umfang den Geboten des Rechtsstaates unterstehen.[385]

Mit Recht sind auch sonst überwiegend Bedenken gegen die Einführung eines solchen außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes erhoben worden.[386] Zum einen fehlt es, wie schon ausgeführt, an einer fundierten dogmatischen Möglichkeit; das gilt auch für die verschiedenen genannten Legitimationsgründe, bei denen zudem wichtig ist, daß die Sozialethik gegenüber der Wettbe-

---

384. Hübner, aaO, S. 33 f. und
vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 71
385. Hesse, aaO, S. 84
386. vgl. BKartA, Tb 1966, S. 15

werbsordnung als wertneutral anzusehen ist.[387] Zum anderen ist eine gewohnheitsrechtliche Basis diesbezüglich überhaupt nicht zu sehen.

Damit bleibt nur noch die Möglichkeit, diese Überlegungen zu Rechtfertigungsgründen als quasi leges speciales anzusehen und damit in den Rahmen einer normalen Güterabwägung einzufügen. Man ist also nunmehr wieder zurückgekehrt zu dem ursprünglichen Lösungsversuch durch eine rechtsfortbildende Restriktion. Diese ist wie aufgezeigt generell möglich, in der Praxis schwierig und deshalb auch mit gewissen Bedenken behaftet.

4.4. Gesetzliche Ausnahmeregelungen

Ehe man sich abschließend zu dieser Frage der Güterabwägung äußern kann, ist zuvor festzustellen, inwieweit diese Möglichkeit hier rechtlich überhaupt gegeben und nötig ist.[388] Dies kann nämlich nur dann noch erforderlich sein, wenn die verschiedenen gesetzlich geregelten Ausnahmebestimmungen

---

387. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 109 f.
388. vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 72 f.

zu keinem Ergebnis führen, da schon aufgrund der Verfahrensvorschriften eine einschlägige positiv-rechtliche Bestimmung einer mit dem gleichen Ziel verfolgten rechtsfortbildenden Restriktion vorzugehen hat und diese erübrigt.

4.4.1. Implizierte Einschränkung durch § 1 I S. 2 GWB

Als erstes kann hier an eine mögliche implizierte Einschränkung des § 1 I GWB gedacht werden, wozu dessen Sätze 1 und 2 gegenübergestellt sind.[389] § 1 I S. 2 GWB sagt aus, daß die zuvor ausgesprochene Unwirksamkeit nicht gilt, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Nach herrschender Meinung wird hierbei davon ausgegangen, daß damit die Ausnahmebestimmungen der §§ 2 - 8 GWB sowie die Bereichsausnahmen der §§ 99 ff. GWB gemeint sind.[390]

Die wenigen Gegner dieser Ansicht verstehen diesen Hinweis aber in einem viel allgemeineren Sinne. Demnach trete die Unwirk-

---

389. vgl. Hübner, aaO, S. 35 und Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, 4. Aufl., § 1 GWB, Rdnr. 62 ff.
390. Säcker, BB 1967, S. 687 und Rasch-Westrick, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 63 und Friedrich, aaO, S. 126 f.

samkeit auch dann nicht ein, wenn sich aus Sinn und Zweck des Gesetzes etwas anderes ergäbe. Dadurch soll eine Einschränkung zugunsten vorrangiger Rechtsgüter dogmatisch und systemgerecht begründbar sein.(391) Im übrigen wird gemeint, daß diese Auslegung auch der Parallelregelung des § 134 BGB entspräche, wo Ausnahmen auf den Sinn- und Zweckgehalt der Verbotsnorm gerichtet sind.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden; dem steht vor allem der eindeutige Wortlaut des § 1 I S. 2 GWB entgegen. Die Vorschrift verweist nach allgemeiner Meinung nur auf die im Kartellgesetz selbst enthaltenen Normen.(392) Auch der Vergleich mit § 134 BGB ändert daran nichts, geht man doch hier von einem gesetzlichen Verbot aus, während dies im Rahmen des § 1 GWB gerade nicht der Fall ist.(393) Ausserdem ist dies nicht der richtige Weg, um eine zutreffende Sinn- und Zweckauslegung zu erreichen, vor allem dann, wenn diese Interpretation nirgends eine Stütze findet und hierfür auch überhaupt keine Notwendigkeit vorhanden ist.(394) § 1 I S. 2 GWB stellt nur einen Hinweis und sogleich dogmatischen

---

391. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, 4. Aufl., § 1 GWB, Rdnr. 68
392. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 65
393. Enneccerus-Nipperdey, aaO, Bd. II, S.1153
394. Säcker, BB 1967, S. 687

Einfluß der nachfolgenden Ausnahmeregelungen dar. Jedenfalls läßt sich aus dem Verhältnis von § 1 I S. 1 GWB zu § 1 I S. 2 GWB keine einschränkende Handhabung, auch nicht impliziert, betreffs der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen erreichen.

4.4.2. Bereichsausnahmen der §§ 2 - 7 GWB

Wie bereits erwähnt, ist die Zulassung von Kartellen nach den §§ 2 - 7 GWB rechtlich als eine Ausnahme vom Verbot des § 1 GWB konstruiert, worauf übrigens § 1 I S. 2 GWB ausdrücklich hinweist. Danach können Kartelle nahezu jeden Inhalts zugelassen werden, wenn nur die gesondert normierten Zulassungsvoraussetzungen dieses betreffenden Kartelltyps erfüllt sind.[395]

In § 2 GWB werden aus Gründen sinnvoller Rationalisierung des Geschäftsverkehrs Konditionenkartelle zugelassen. Durch die gemäß § 3 GWB möglichen Rabattkartelle soll die Markttransparenz verbessert werden. Die gleichen Ausnahmen gelten aus wirtschaftlich sinnvollen Gründen für die Strukturkrisenkartelle des § 4 GWB, die Rationalisierungskartelle des § 5 GWB sowie die Spezialisierungskartelle des § 5 a GWB und

395. Lutz, aaO, S. 188 f.

die Kooperationserleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen des § 5 b GWB. Die Exportkartelle gemäß § 6 GWB und die Importkartelle des § 7 GWB sollen die Konkurrenzfähigkeit der deutschen Unternehmen stärken. Darauf, daß mit § 8 GWB das deutsche Kartellrecht auch eine beschränkte Ausnahmegeneralklausel vorsieht,[396] ist später einzugehen.

Dies zeigt, daß der Gesetzgeber durchaus daran gedacht hat, gewisse Freistellungen vorzunehmen, die jedoch rechtlich genau festgelegt sind. Grund für diese einzelnen Ausnahmetatbestände sind positiv bewertete wirtschaftliche Folgen von Wettbewerbsbeschränkungen.[397] Trotz dieser Zulassung gewisser Kartellarten aufgrund ihrer wirtschaftlich erwünschten Folgeerscheinungen sind hierin auch gewisse außerökonomische Gesichtspunkte zu bemerken. Dies trifft etwa für § 3 III Nr. 2, IV GWB zu, worin die Kartellbehörde eine Eingriffsbefugnis gegenüber einem Rabattkartell eingeräumt bekommt, wenn dieses schädliche Wirkungen für die angemessene Versorgung der Verbraucher hat.[398] § 4 GWB stellt für die Zulassung des Strukturkrisenkartells fest, daß die Marktregelung unter Berücksichti-

---

396. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1
397. Lutz, aaO, S. 189
398. vgl. Lutz, aaO, S. 190 f.

gung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls erfolgen muß. Auch § 5 III GWB enthält die Formulierung, daß die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht sein muß, womit zumindest vordergründig nicht nur wirtschaftliche Ziele bezweckt sind, sondern dies eventuell auch sonstigen außerökonomischen Allgemeininteressen dienen kann. Dies alles zeigt, daß in diese Reihe von Ausnahmetatbeständen generell nur wirtschaftliche Rechtsgüter Aufnahme gefunden haben, dabei aber auch berücksichtigt ist, daß wirtschaftliche Vorgänge direkte außerwirtschaftliche Folgen für die Allgemeinheit haben können.[399] Dies ist zwar nicht unbestritten,[400] ergibt sich aber eindeutig aus der wörtlichen gesetzlichen Fixierung und der Definition der darin verwendeten Begriffsmerkmale.

Es ist also nun zu untersuchen, ob eine der kodifizierten Ausnahmeregelungen der §§ 2 - 7 GWB möglicherweise bei diesen Selbstbeschränkungsabkommen Platz greifen kann. Dabei wird zumeist an die Rationalisierungskartelle nach § 5 GWB gedacht. So wird die Meinung vertreten, daß der der Doppelsteckerentscheidung des Bundeskartellamtes zugrundeliegende Sachverhalt eine Rationalisierungsmaßnahme darstelle

---

399. Rieger, aaO, S. 129 und 400
400. Hübner, aaO, S. 45 ff.

und somit vom Verbot des § 1 GWB freigestellt sei.[401] Bei dieser Frage der Doppelstecker könnte es sich um eine Verpflichtung zur Einhaltung des Qualitätsstandards handeln, was nach herrschender Meinung unter den Begriff der Normen und Typen zu subsumieren ist.[402] Die Grenze des Qualitätsstandards ist auch dann nicht überschritten, wenn etwa bestimmte Typen ganz aus dem Fertigungs- oder Angebotsprogramm gestrichen werden.[403] Der gesetzgeberische Zweck für diese Freistellung der Normen- und Typenvereinbarungen ist aber die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge. Bei dem vorgenannten Doppelsteckerfall steht jedoch der Gesundheitsschutz im Vordergrund; ähnlich gelagert sind im übrigen die selben Erscheinungen auf dem Gebiet des Umweltschutzes.[404] Würde man also nun der Ansicht folgen, daß die §§ 2 - 7 GWB nur eine Legalisierungsmöglichkeit für aus wirtschaftlichen Gründen tolorierbare oder erwünschte Kartelle vorsehen, so ist eine Freistellung aus den außerökonomischen Gründen des Gesundheitsschutzes nicht möglich. Hier greift aber die vorgenannte Feststellung ein, daß auch außerwirtschaftliche Folgen und Ziele

---

401. Rieger, aaO, S. 138 ff.
402. Gem.Kom., aaO, § 5 GWB, Rdnr. 18
403. WuW/E, BKartA 1960, S. 2 00 ff.
404. vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 82

mitunter Berücksichtigung finden können. So spricht auch § 5 I GWB seinem Wortlaut nach allein die Vereinheitlichung an und § 5 II GWB verlangt lediglich die Verwirklichung eines bestimmten Zweckes.[405] Dies beruht darauf, daß der Gesetzgeber die Normen- und Typenkartelle nicht zu den schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen zählte,[406] so daß hier eine großzügigere Regelung als möglich angesehen wurde.

Wenn solche Selbstbeschränkungsabkommen aber über die bloße Verwendung einheitlicher Normen und Typen hinausgehen, so sind zugleich die Grenzen dieser Vorschrift erreicht. Sie fordert nämlich in § 5 II GWB, daß die Regelung der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dienen muß und geeignet ist, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern. Nach der herrschenden Meinung ist unter Rationalisierung "die konsequente Anwendung des wirtschaftlichen Prinzips zu verstehen, ein jeweils günstigeres Verhältnis von Aufwand zu Ertrag im einzelnen Betrieb zu finden".[407]

---

405. Rieger, aaO, S. 139
406. vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 82
407. WuW/E, BKartA 1960, S. 328 und
vgl. WuW/E, BKartA 1962, S. 520

Allgemeiner Auffassung zufolge ergibt sich daraus die Begrenzung des Rationalisierungsbegriffes in der Form, daß es sich insoweit um Vorgänge im ökonomischen Bereich handeln und daß die Wirkung zumindest bei einigen der beteiligten Unternehmen selbst eintreten muß.[408] Gerade dies ist etwa im Doppelsteckerfall zu beachten, da durch das Verbot der Doppelstecker ein ganz anderer Qualitätsstand erreicht werden soll und ein Artikel dadurch gänzlich vom Markt verschwindet, so daß von vornherein bei keinem der Unternehmen eine Rationalisierung im Hinblick auf die danach noch erlaubten technischen Möglichkeiten entsteht. Dasselbe gilt im übrigen auch für die Fälle des Umweltschutzes, wenn solche Kosteneinsparungen bei Dritten oder auf Seiten der Allgemeinheit, nicht aber bei den beteiligten Unternehmen eintreten.[409] Bei diesen Sachverhalten scheitert die Feststellung eines zulässigen Rationalisierungskartells nach § 5 GWB auf jeden Fall an den Absätzen II und III. Außerdem stellen überhaupt unter dessen Absatz I subsumierbare Selbstbeschränkungsabkommen untypische Sonderfälle dar, zumal dies auch noch dadurch erschwert wird, daß meist darüber hinausgehende weitere Empfehlungen damit verbun-

---

408. Frankf.Kom., aaO, § 5 GWB, Rdnr. 85 und Müller-Griess-Giessler, aaO, § 5 GWB, Rdnr. 38 ff.

409. Markert-Strauch, aaO, S. 83 f.

den sind. § 5 GWB kann also keinen generellen Lösungsansatz für diese Problemstellung aufzeigen.

Dasselbe gilt auch für die Ausnahmebestimmung der Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen nach § 5 b GWB. Selbst wenn man diese Norm betreffs sogenannter Bagatellkartelle anspricht, kann sie, was die quantitativen und vor allem die qualitativen Prüfungskriterien anbelangt, nicht derart extensiv ausgelegt werden, daß hierdurch von einem zweiten generalklauselartigen Ausnahmetatbestand gesprochen werden könnte. Auch hier ist nach dem Gesetzeswortlaut eine Rationalisierung nötig, so daß der Anwendungsbereich sowieso weitgehend eingeschränkt ist.[410] Diese Vorschrift muß in erster Linie speziell aus der Blickrichtung auf die kleinen und mittleren Unternehmen gesehen werden. Damit sind dann zwar, grob gesprochen, gewisse Bagatellkooperationen vom Kartellverbot befreit; die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen gehen aber nach Umfang, Art und Ausgestaltung in aller Regel weit darüber hinaus, so daß sich daraus keine Legalisierungsmöglichkeit ergeben kann.

---

410. Rinck, aaO, Rdnr. 840 f.

Gerade bei den schon angesprochenen Exportselbstbeschränkungsabkommen anderer Länder könnte auch an eine Freistellung nach § 7 GWB als zulässiges Importkartell gedacht werden. Ein ausländisches oder internationales Kartell ohne Beteiligung deutscher Bezieher, das die Einfuhr aus ausländischen Staaten in das Inland regelt, scheidet von vornherein aus, ebenso Selbstbeschränkungsabkommen, an denen lediglich ausländische Anbieter beteiligt sind.(411) Dies ergibt sich aus Sinn und Wortlaut des Gesetzes. Jedoch auch selbst dann, wenn deutsche Bezieher hieran beteiligt sind, kann eine Erlaubnis nach § 7 GWB nicht erteilt werden. Diese Selbstbeschränkungsabkommen führen nämlich nicht zu Preissenkungen der ausländischen Anbieter auf dem Inlandsmarkt, sondern mildern durch die Einfuhrbeschränkungen den Preisdruck auf die inländischen Erzeugnisse und erreichen somit gerade den gegenteiligen Erfolg.(412) Diesbezüglich ist eindeutig festgestellt worden, daß Exportselbstbeschränkungsabkommen, die sich aus der Sicht des Inlandsmarktes als Importkartelle darstellen,(413) auf diesem Wege

---

411. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 7 GWB, Rdnr. 11 f.
412. vgl. Kartte, DB 1962, S. 1679
413. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 7 GWB, Rdnr. 1

nicht legalisiert werden können.[414] Es ist sowieso anzumerken, daß diese speziellen Ausnahmeregelungen nur in ganz besonders gelagerten Einzelfällen zu einer Lösung führen könnten, jedoch nie in der Lage sind, eine generelle Legalisierungsmöglichkeit aufzuzeigen.

4.4.3. Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB

Nachdem § 1 GWB bei der vorgegebenen Thematik eingreift und die Ausnahmemöglichkeiten sehr problematisch erscheinen oder teilweise ganz ausscheiden müssen, muß deshalb nun untersucht werden, ob § 8 GWB zu einer rechtlichen Zulässigkeit und Anerkennung im grundsätzlichen Sinne verhelfen kann. Dabei soll auf die generelle Bedeutung dieser Norm, ihre Ausgestaltung und relevante Auslegung eingegangen werden. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Beurteilung und Unterscheidung von den ökonomischen und außerökonomischen Bereichen zu richten.

4.4.3.1. Gesetzestypus

Zunächst ist auf diese Generalausnahmeklausel des § 8 GWB an sich einzugehen.

---

414. WuW 1972, S. 646 und
WRP 1973, S. 16 f.

Dazu gehören sowohl die geschichtlichen Hintergründe als auch die Systematik und die speziellen Probleme dieser Norm.

Ursprünglich war eine solche Generalklausel im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gar nicht vorgesehen. Im Regierungsentwurf wurde eine Ausnahmegenehmigung, die bei "Vorliegen einer volkswirtschaftlichen Notwendigkeit" eingreifen sollte, abgelehnt, um die Gefahr auszuschließen, daß auf diesem Wege das Gesetz mit einem neuen Inhalt ausgefüllt werden könnte .[415] Der Bundesrat aber fügte § 8 I GWB als Generalklausel ein,[416] weil sich die wirtschaftliche Entwicklung nicht für dauernd übersehen lasse. Neuartige Erscheinungen könnten im öffentlichen Interesse eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit gebieten. Nach dieser Konzeption muß "ein ganz konkretes öffentliches Interesse das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbes erheblich überwiegen", so daß also das Vorliegen der konkreten Situation hierfür gefordert ist. Diese Möglichkeit sollte stets nur subsidiär und für Ausnahmefälle gelten und materiellrechtlich und verfahrensmäßig stark eingeschränkt sein. Damit wurde den grund-

---

415. vgl. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1
416. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1, unter Verweisung auf die Bundesratsbegründung

sätzlich dagegen erhobenen Bedenken begegnet, insoweit diese Regelung sowieso ein Kompromiß ist zwischen der notwendigen Unvollkommenheit eines abschließenden Kataloges genau bezeichneter Ausnahmen und den Bedenken, daß eine Regierung durch eine solch generelle Regelung in die Lage versetzt werden könnte, die grundlegende ordnungspolitische Norm des § 1 GWB den veränderten tagespolitischen Gesichtspunkten soweit anzupassen, daß diese praktisch leer laufen könnte.(417) Nicht ganz zu unrecht ist deshalb dieser § 8 GWB als ein "Regierungsakt wirtschaftspolitischer Art in der Form eines Verwaltungsaktes" bezeichnet worden.(418) Da diese Entscheidung nämlich schwerwiegende wirtschafts- und staatspolitische Abwägungen verlangt, wurde die Verantwortung nicht dem Bundeskartellamt sondern der Bundesregierung, genauer gesagt dem Bundeswirtschaftsminister, übertragen. Als Grund dafür wurde angegeben, daß dieser dem Druck von Kartellinteressenten nicht in gleichem Maße wie eine nachgeordnete Behörde ausgesetzt sei.(419) Andererseits wird beanstandet,

---

417. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1
418. Köhler, DVBl., 1958, S. 639
419. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1 unter Hinweis auf BT-Drucksache II/ Nr. 1158, Anl. 2

daß die Regierung dadurch wegen der eingeschränkten Nachprüfbarkeit eine weitreichende Vollmacht zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Vorstellungen erhalte, die nicht unbedingt mit den Grundlagen des Gesetzes übereinstimmen müßten.(420) Diese Überlegungen stellte auch die Bundesregierung selbst an und empfahl die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes aus dem Gedanken heraus, daß es durch seine Aufgabenstellung "am besten in der Lage sei, Notwendigkeit und volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeit einer beantragten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen".(421) Der Bundestag entschied sich letztlich für die Bejahung dieser Generalausnahmeklausel und für deren Handhabung durch den Bundeswirtschaftsminister.

§ 8 II GWB wurde eingefügt, um sogenannte Notstandskartelle zu ermöglichen. Dadurch sollten ausdrücklich konjunkturelle Auswirkungen besonderer Tragweite aufgefangen werden.(422) Die Gegner dieser Ansicht setzten sich für eine ersatzlose Streichung ein, da sie dies als kein geeignetes Mittel der Bekämpfung konjunktureller Krisen zur Er-

---

420. Markert in Kaiser IV, aaO, S. 191 ff.
421. vgl. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1, unter Hinweis auf BT-Drucksache II/ Nr. 1158, Anl. 3
422. vgl. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 2

leichterung von Anpassungsprozessen ansahen.[423] Kartellvereinbarungen von einer politisch unmittelbar verantwortlichen Instanz sollten danach nur dann zugelassen werden, wenn die geeigneten Mittel der Wirtschaftspolitik nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen würden und die Überwindung der Krise dem betroffenen Wirtschaftszweig aus eigenen Kräften nicht möglich wäre. Deshalb ist dadurch auch keine spezielle Ausnahmebestimmung für Konjunkturkrisenkartelle geschaffen worden, da im Regelfall diese Anpassungsvorgänge über den freien Markt erfolgen sollten. Somit kommen nicht nur konjunkturelle Bestandsgefährdungen sondern auch strukturelle Veränderungen sowie wirtschaftliche und politische Sachverhalte in Betracht.

Entsprechend dieser Darstellung ist festzustellen, daß § 8 II GWB eine Art Zwischenstellung einnimmt. Nach der Ausgestaltung der Voraussetzungen wäre dies eher zu den Sonderkartellen zu rechnen, was für die Auffassung spräche, daß in beiden Absätzen zwei völlig voneinander unabhängige Regelungen vorlägen.[424] Dem entgegengesetzt wird die Meinung vertreten, daß eine Erlaubnis nur zulässig sei, wenn die Voraus-

---

423. BT-Drucksache II/ Nr. 3644, § 2 a
424. Kartte, DB 1962, S. 1679 f.

setzungen beider Absätze erfüllt seien,[425] wofür der genaue Wortlaut spricht. Eine hierzu vermittelnde Ansicht sieht im Absatz I eine selbständige Generalklausel, während Absatz II für den Fall eines Branchennotstandes zusätzliche Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung nach Absatz I einführen soll.[426] Betrachtet man den Gesetzeswortlaut aus einer Gesamtsicht heraus und zieht auch noch die aufgeführte Entstehungsgeschichte hinzu, so zeigt sich, daß der erste Teil des Absatzes II keine generelle Einschränkung des Absatzes I darstellen kann.[427] § 8 I GWB soll nämlich gerade die Möglichkeit schaffen, in gesonderten Einzelfällen, in denen der abschließende Katalog der Ausnahmevorschriften nicht ausreicht, eine Erlaubnismöglichkeit einzuführen. In § 8 II GWB sind nur für bestimmte Fälle der Branchengefährdung zusätzliche Voraussetzungen genannt, wodurch die Entscheidung des Wirtschaftsministers stärker eingebunden wird. Der gesamte Verfahrensgang und die Einbettung im Gesetz sprechen für diese Anhängung. Deshalb ist der herrschenden Theorie der doppelten Erlaubnistatbestände und nicht

---

425. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1 ff.
426. Rasch-Westrick, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 4
427. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 2

der Einheitstheorie zu folgen.[428] Die beiden Absätze sind insoweit völlig selbständig voneinander.

Damit kann aber diese Bestimmung des Absatz II im Regelfall für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen gar nicht einschlägig sein, so daß hierauf nicht näher eingegangen zu werden braucht. § 8 III GWB verweist im übrigen auf § 6 II S. 3 GWB. Das bedeutet, daß dem Antrag nach § 8 GWB eine Stellungnahme der betroffenen inländischen Erzeuger und Abnehmer beizufügen ist; andere Mitbetroffene sind nicht zu hören.[429] § 8 I GWB jedenfalls stellt eine Art umschriebene Generalklausel dar,[430] deren besondere Funktion darin besteht, eine besondere Ermächtigung für die Fälle zu schaffen, in denen die speziellen Voraussetzungen der anderen Vorschriften nicht gegeben sind.

4.4.3.2. Subsumtion

§ 8 I GWB stellt also eine ausgesprochene Ausprägung der Kompromißformel des deutschen

---

428. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 7 f.
429. Schüssler, NJW 1962, S. 2276
430. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 1

Kartellrechts zwischen Verbots- und Mißbrauchsprinzip dar. Dies ist auch gleichzeitig Ausprägung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit des Bundesministers für Wirtschaft. Trotzdem ist von dieser Möglichkeit bisher sehr selten Gebrauch gemacht worden. Hin und wieder haben zwar Industriezweige die Öffentlichkeit darüber unterrichtet, daß sie vorab Fühlungnahme aufgenommen, sich danach aber entschlossen haben, keinen solchen Antrag zu stellen.[431] So sind bisher nur in drei Fällen förmliche Anträge gestellt worden, die auch positiv entschieden worden sind; zunächst für das Kohle-Heizöl-Kartell im Jahre 1959,[432] für das Kartell der Mühlenindustrie im Jahre 1969[433] und für das Kartell der Zigarettenindustrie im Jahre 1972.[434] Diese Übereinkünfte haben sich zwischenzeitlich, mit gewissen Ausnahmen hinsichtlich des letzteren, erledigt und sind eingangs schon ausführlich besprochen worden. Gerade vor diesem Hintergrund soll nachfolgend im einzelnen näher untersucht werden, welchen Spielraum der § 8 I GWB für solche Ausnahmeregelungen zugunsten staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen bietet. Erstes Tatbestandserfordernis

---

431. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 3
432. WuW/E BMW, 1959, 117
433. WuW/E BMW, 1969, 135
434. WuW/E BMW, 1972, 143

ist dabei, daß § 1 I S. 1 GWB erfüllt ist und daß das allgemeine Kartellverbot eingreift. Aufgrund der vorangegangenen Untersuchung bestehen keine Zweifel mehr daran, daß dies hier der Fall ist, wobei diesbezüglich die Frage einer außergesetzlichen Güterabwägung unberücksichtigt bleiben muß, da sie dogmatisch erst dann relevant wird, wenn die gesetzlich normierten Ausnahmetatbestände fehlgeschlagen sind. Desweiteren kann eine Erlaubnis nur erteilt werden, wenn feststeht, daß die §§ 2 - 7 GWB nicht eingreifen. Es wäre nämlich nicht sinnvoll, den Bundeswirtschaftsminister zur Erteilung einer Erlaubnis auch für solche Fälle zu ermächtigen, für die schon eine gesetzliche Grundlage zur Kartellverbotsfreistellung besteht.(435) Dies muß der Bundeswirtschaftsminister im übrigen selbst prüfen. Allerdings kann eine entsprechende Prüfung der für die §§ 2 - 7 GWB zuständigen Kartellbehörde vorangehen, an deren Rechtsauffassung der Bundeswirtschaftsminister aber nicht gebunden ist.(436) Lediglich wenn ein Abkommen sowohl die Regelung eines der §§ 2 - 7 GWB als auch die des § 8 I GWB berührt, kann die Entscheidung zur Generalausnahmeklausel auch die anderen wettbewerbsrechtlichen Fragen

---

435. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 10
436. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 3

mitumfassen.

Bei den Kartellen nach den §§ 4, 5 II, 5 III, 6 II und 7 GWB, für die ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht, kann gleichzeitig auch § 8 I GWB gegeben sein. Der Bundeswirtschaftsminister tritt dann nur an die Stelle des Bundeskartellamtes, wenn seine Prüfung ergibt, daß die Voraussetzungen für eine positive Entscheidung dieser Behörde nicht gegeben sind.[437] Ansonsten verbleibt es bei der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Dieses Verfahren kann demnach sowohl zuerst beim Bundeswirtschaftsminister anhängig sein und dann an das Bundeskartellamt übergehen, als auch zuerst von diesem behandelt werden und bei dessen negativer Entscheidung ein Antrag an den Bundeswirtschaftsminister nachgeschoben werden. Bei den Freistellungs- und Widerspruchskartellen nach den §§ 5 I, 5 IV, 6 I sowie 2, 3, 5a und 5b GWB besteht dagegen eine klare Trennung zwischen den Entscheidungen des Bundeskartellamtes und denen des Bundeswirtschaftsministers. Für sie bedarf es nämlich grundsätzlich gar keiner ausdrücklichen Erlaubnis, so daß sie stets von der Entscheidung gemäß § 8 I GWB mit umfaßt werden, gleichgültig

---

437. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 15

ob das Ergebnis negativ oder positiv ausfällt.[438] Diese genannten Voraussetzungen des Nichtvorliegens der §§ 2 - 7 GWB werden von den Selbstbeschränkungsabkommen ebenfalls in aller Regel erfüllt.

Die Generalklausel des § 8 I GWB postuliert eine allgemeine Anwendungsschranke, die insbesondere den Ausnahmecharakter der Vorschrift betont. Danach kann eine Kartellerlaubnis dann erteilt werden, wenn die Beschränkung des Wettbewerbes aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls nötig ist. Während es bei anderen Bestimmungen also genügt, daß die Wettbewerbsbeschränkung die gesamtwirtschaftlichen Belange nicht verletzt, muß es hier so sein, daß sie durch das Allgemeininteresse positiv gefordert wird.[439] Dies steht also im Gegensatz zu den anderen möglichen Ausnahmeentscheidungen des GWB, bei denen die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl stets, also nicht nur dann, wenn ausdrücklich genannt, zu berücksichtigen sind; diese Berücksichtigung geht dabei aber nur so weit, daß sie zur Beurteilung einer Verletzung herangezogen wird.

Entscheidend ist also nun, was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, wo demnach

---

438. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 10
439. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 11

die Grenzen der tatbestandlichen Voraussetzungen liegen und ob insbesondere nur wirtschaftliche oder auch außerökonomische Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Die Auslegung des Begriffes der "überwiegenden Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls" hat stets Schwierigkeiten bereitet. Dabei hat die Bundesregierung gerade diesen Begriff statt dem des "öffentlichen Interesses" gewählt, um dadurch eine deutlichere Konkretisierung zu schaffen. Ob ihr dies gelungen ist, muß aber stark bezweifelt werden. Nach herrschender Lehre sind unter dem Gemeinwohl die sozialen, kulturellen, sittlichen und wirtschaftlichen Belange der Gesellschaft zu verstehen,(440) während die Gesamtwirtschaft alle Faktoren der wirtschaftlichen Situation zusammenfaßt. Dazu wird nun die Auffassung vertreten, daß diese beiden Tatbestandsmerkmale nachgeordnet nebeneinander oder sogar alternativ aufgefaßt werden müssen.(441) Geht man vom teilsynonymen Verständnis aus, so ergibt sich, daß das Gemeinwohl als eine Art Oberbegriff angesehen werden könnte und die Einführung des Begriffes Gesamtwirtschaft darauf hindeuten sollte, daß gerade auch

---

440. Baumbach-Hefermehl, aaO, § 4 GWB, Rdnr. 5

441. Rieger, aaO, S. 124 ff. und Sack, WuW 1970, S. 395 ff. und Fatscheck, aaO, S. 144 f.

die ökonomischen Aspekte hinreichend mit einzubeziehen sind. Diese Auffassung wird auch in der Richtung vertreten, daß man § 8 GWB als einen Auffangtatbestand für alle Wettbewerbsbeschränkungen im Interesse des Gemeinwohls ansieht.(442) Bei der Auslegung wird manchmal sogar noch einen Schritt weitergegangen und neben der verbindenden Natur dieser beiden Merkmale das "und" als alternatives "oder" betrachtet. Dem stimmen auch die zu, die dem § 8 GWB mehr praktische Bedeutung verleihen und der Güter- und Interessenabwägung an dieser Stelle zum Durchbruch verhelfen möchten.(443) Diese Auffassungen stehen auch im Einklang mit der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach der § 8 GWB die einzige Möglichkeit bietet, solche Selbstbeschränkungsabkommen zu legalisieren. Die nicht unbedeutenden Anhänger dieser Meinung sehen die Lücke der Ausnahmeregelungen der §§ 2 - 7 GWB nicht so sehr auf wirtschaftlichem Gebiet, sondern besonders darin, daß diese Vorschriften außerwirtschaftliche Rechtfertigungen für Wettbewerbsbeschränkungen nicht zulassen.(444) So sollen entweder die Gründe des Gemein-

---

442. Lutz, aaO, S. 224 und
Rieger, aaO, S. 126 f.
443. Sack, WuW 1970, S. 400 ff.
444. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO,
§ 8 GWB, Rdnr. 4

wohls überhaupt ausreichen oder aber das Gemeinwohl muß die Freistellung erfordern und die damit verbundenen Belange der Gesamtwirtschaft dürfen nicht entgegenstehen.[445] Diese Meinungen werden überwiegend mit der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift begründet.[446]

Dagegen lassen sich aber gewichtige Gründe anführen. Richtig ist zwar, daß der Übergang des Begriffs der öffentlichen Interessen zu dem des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft auf diese Auslegung hindeuten könnte, dagegen spricht aber die bereits vorab erwähnte Begründung des Bundesrates, der diesen § 8 I GWB eigentlich erst ins Leben rief, worin stets die wirtschaftlichen Gründe betont werden. Darauf deutet auch hin, daß dabei von einer Berücksichtigung der Belange der gesamten Wirtschaft gesprochen wird, neben denen auch die Wohlfahrts- und Sicherheitsinteressen zu beachten sind.[447] Diese Berufung auf wirtschaftliche Gesichtspunkte zieht sich durch die gesamte weitere Entstehungsgeschichte hindurch, was besonders bei der Zuständigkeitsverteilung auffällig wird. Spricht also schon die Entstehungsgeschichte dieser Norm gegen diese Ansichten,

---

445. vgl. Rieger, aaO, S. 129
446. vgl. BT-Drucksache II/1158, Anl. 2
447. vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 88

so gilt es erst recht für den Wortlaut. Die reine grammatikalische Interpretation ergibt, daß die Gründe der Gesamtwirtschaft neben denen des Gemeinwohls stehen. Dies zeigt auch der Vergleich mit § 24 III GWB, worin ähnliche Tatbestandsmerkmale miteinander verknüpft sind. Es heißt hier, daß der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag die Erlaubnis für den Zusammenschluß erteilt, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. In der Begründung dazu ist ausgeführt, daß gemäß dieser beiden Voraussetzungen der Zusammenschluß nicht nur den beteiligten Unternehmen nützen, sondern daß ein allgemeiner staats-, wirtschafts- oder gesellschaftspolitischer Rechtfertigungsgrund vorliegen soll.(448) Hier sollten also ganz bewußt der gesamtwirtschaftliche Vorteil und das überragende Interesse der Allgemeinheit alternativ nebeneinander gestellt werden. Dies ist allerdings nicht ganz unbestritten. So verkennt Fatscheck sowohl die Entstehungsgeschichte als auch den grammatikalischen Aufbau und glaubt, daß eine Abgrenzung beider Begriffsmerkmale nicht von Nöten sei.(449) Vielmehr seien sowohl § 8 I GWB als auch § 24 III GWB einheitlich so zu verstehen, daß das Gemeinwohl den Oberbegriff und das Merkmal der Gesamtwirtschaft nur eine

---

448. BT-Drucksache VI/2520, S. 31
449. Fatscheck, aaO, S. 144 f.

Erläuterung darstelle. Demnach soll dann auch in § 24 III GWB das alternative "oder" als verbindendes "und" gelesen werden. Dabei werden aber diese beiden Vorschriften in unzulässiger Weise vermengt und deren Sinngehalt, wie aufgezeigt, eindeutig verfälscht. Dies kann sowieso nicht richtungsweisend sein, da auf § 8 I GWB Bezug genommen wird, ohne dessen Sinngehalt näher zu überprüfen. Hätte der Gesetzgeber beide Formulierungen in demselben Sinne verstanden, so hätte er wegen der Einheitlichkeit denselben Text wählen können.(450) Daß er dies gerade nicht getan hat, spricht für die Auffassung, daß die beiden Begriffsmerkmale in § 8 I GWB kumulativ nebeneinander stehen, während sie in § 24 III GWB alternativ zu verstehen sind. Entsprechend dieser wohl herrschenden Meinung ist es also erforderlich, daß solche Kartelle einmal wirtschaftliche Vorteile im Sinne des Merkmales Gesamtwirtschaft, aber auch außerwirtschaftliche Vorteile im Sinne des Merkmales Gemeinwohl mitsichbringen, unabhängig davon, inwieweit eine klare Trennung zwischen unmittelbar wettbewerbsbezogenen und über- oder außerwettbewerblichen Zwecken im Einzelfall möglich ist.(451) Neben den unverzichtbaren wirtschaftlichen Vorteilen muß auch die Verwirklichung außerwirtschaftlicher Ziele vorhanden sein, was auch der Gegenschluß aus § 24 III S.1 GWB ausdrücklich aufzeigt. Im Einklang mit der zuvor angesproche-

---

450. Markert-Strauch, aaO, S. 89

451. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 4 und vgl. Friedrich, aaO, S. 201 f. und vgl. Fatscheck, aaO, S. 23

nen, überwiegend vertretenen Ansicht paßt sich dies gut in die Gesamtkonzeption des Gesetzes ein, da für allein wirtschaftlich gerechtfertigte Kartelle die Ausnahmeregelungen der §§ 2 - 7 GWB vorhanden sind und hier nun noch ergänzend das Erfordernis des Gemeinwohls zu beachten ist. Festgehalten werden muß aber, daß auf das Vorliegen der wirtschaftlichen Vorteile nicht verzichtet werden kann, denn dies paßt sich genau in den Rahmen der §§ 2 ff. GWB ein. Der Unterschied des § 8 GWB zu den §§ 2-7 GWB besteht nur darin, daß bei letzteren ein Konflikt zwischen ungehindertem Wettbewerb und einzelnen ausdrücklich benannten Wettbewerbsbedingungen geregelt ist, während bei ersterem sämtliche nicht bereits genannten Bedingungen des Wettbewerbes geschützt sind, so daß auch hier die Konfliktsituation zwischen dem Wettbewerb und einer seiner Bedingungen erhalten bleibt.

Unter diesem Blickwinkel sind die beiden ersten Ministerkartelle gesetzeskonform ergangen. Dies ist jedoch sehr fraglich für das auf diesem Wege legalisierte Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie.(452) In der Begründung des Bundeswirtschaftsministeriums wird dazu ausgeführt, daß hier ein Konfliktsfall zwischen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und dem Schutz der Volksgesundheit vorgelegen habe. Die gesundheitspolitische Zielsetzung wird dabei näher erläutert, zur Frage des wirtschaftlichen Vorteils wird aber lediglich ausgeführt, daß die Berücksichtigung des gesundheitspolitischen

---

452. WuW/E BMW, 1972, 143

Interesses auch im Interesse der Sicherung unserer Wirtschaftsordnung liege und somit auch wirtschaftspolitisch positiv zu beurteilen sei. Dieser Zusammenhang gesundheitspolitischer und wirtschaftlicher Interessen, etwa im Sinne der Erhaltung der Arbeitskraft, ist zwar von manchen als ausreichend empfunden worden,[453] hat aber auch genügend Widerspruch hervorgerufen. Im Grunde genommen ist nämlich kein direkter wirtschaftlicher Vorteil sichtbar. So hat die Selbstbeschränkung für die betroffene Zigarettenindustrie und Werbewirtschaft nur geringe negative Relevanz.[454] Vorteile könnten nur darin gesehen werden, daß eine stärker einschneidende gesetzliche Regelung verhindert wurde. Eine solche Manipulation des Begriffs der wirtschaftlichen Vorteile ist aber rechtlich nicht zu verantworten. Dies zeigt, daß bei dieser Entscheidung zwar nicht der vorgenannten Alternativlösung gefolgt werden sollte, das Ergebnis aber ähnlich zu sehen ist. Besonders dargetan worden ist nur die außerökonomische Seite, also die Gemeinwohlinteressen, während das gesamtwirtschaftliche Interesse lediglich in einer entsprechenden Schlußfolgerung besteht. Dabei ist Markert-Strauch beizupflichten, daß dieser Zusammenhang nicht so weit reichen könne, bei einer primär gesundheitspolitisch begründeten Wettbewerbsbeschränkung, die infolge einer Interessenabwägung aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls geboten ist, auch eo ipso das überwiegende gesamtwirtschaftliche Interesse zu be-

---

453. Kiethe, WRP 1976, S. 138

454. Hübner, NJW 1972, S. 1652

jahen.[455] Richtig ist auch, daß die Begriffe Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl nicht gegeneinander abzuwägen sind, sondern kumulativ und gleichberechtigt nebeneinander stehen müssen. Gerade an dieser gesonderten Feststellung des gesamtwirtschaftlichen Interesses fehlt es bei dem Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie. Dabei ist auf die direkten wirtschaftlichen Interessen abzustellen, was sehr schwierig ist, wie das vorgenannte Beispiel zeigt, so daß daran eine beträchtliche Zahl der Selbstbeschränkungsabkommen scheitert, weil eben in diesen Fällen die gesamtwirtschaftlichen und gemeinwohlträchtigen Interessen nicht in Einklang zu bringen sind. Festzuhalten ist aber, daß zumindest die Selbstbeschränkungsabkommen diese Tatbestandsmerkmale erfüllen, denen auch wirtschaftliche Interessen zugrunde liegen.

Ein weiteres wesentliches Element ist die Tatsache, daß aufgrund dieser besonderen vorgenannten Interessenabwägung diese sogenannten Rechtfertigungsgründe überwiegen müssen. Danach reicht es nicht aus, daß im Verhältnis zu den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung gleichwertige Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls festgestellt werden.[456] Dies bereitet erhebliche Schwierigkeiten, da in

---

455. Markert-Strauch, aaO, S. 91
456. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 5 und vgl. Friedrich, aaO, 201 f.

der Regel unvergleichbare Größen in Beziehung zueinander gesetzt werden müssen. Wichtig ist dabei, daß die Vorteile die Nachteile nicht nur ausgleichen, sondern eindeutig überwiegen müssen.

Auch der noch weitergehende Nachweis der Notwendigkeit der Kartellierung ist nicht unproblematisch. Dabei muß dargetan werden, daß die allgemeinen Interessen ohne Kartellbildung oder mit Hilfe weniger schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen nicht in gleicher Weise befriedigt werden können, was voraussetzt, daß alle anderen Möglichkeiten nicht zur Erreichung desselben Zieles führen dürfen. Hierzu erhebt Möschel mit Recht ein zweites schwerwiegendes Bedenken gegen das Ministerkartell der Zigarettenindustrie.[457] Entscheidend war hier nämlich der Zeitfaktor, und ob eine sofortige Beschränkung der Fernsehwerbung für Zigaretten gesundheitspolitisch so dringlich gewesen ist, um die staatliche Ordnungspolitik durch eine private zu ersetzen, muß sehr in Frage gestellt werden. Dieser Ausnahmecharakter der Erlaubnis unterstreicht im übrigen nochmals die Absicht des Gesetzgebers, daß die Ermächtigung des § 8 I GWB nicht als wirtschaftspolitisches Instrument für die Behandlung von Regelfällen in Betracht kommt.[458] Dies würde

---

457. Möschel, DB 1972, S. 465

458. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 13

allerdings normalerweise den Selbstbeschränkungsabkommen nicht zuwiderlaufen, da gerade sie einen besonderen Ausnahmecharakter haben.

Hinzuweisen bleibt, daß die meisten bekanntgewordenen Selbstbeschränkungsabkommen nicht freiwillig zustande kamen, sondern nur auf staatliche Initiative oder ministeriellen Druck. Bereits eingangs ist darauf eingegangen worden, daß einerseits in Aussicht gestellte Vergünstigungen, andererseits aber auch die Angst vor schärferen gesetzlichen Regelungen mitentscheidend sind für die beteiligten Unternehmen. Horstmann weist dabei darauf hin, daß in dem Freistellungsverfahren von § 1 GWB nach § 8 I GWB einer Vielzahl von Personen, die Selbstbeschränkungsverträge mit allen möglichen Mitteln anregen könnten, nur eine Person, nämlich der Bundesminister für Wirtschaft, gegenüber steht, der über diese Verträge befindet und sie vor ihren nachteiligen Rechtsfolgen bewahren muß.(459) Dabei wird eine nicht unerhebliche Verunsicherung der Privatwirtschaft durch mögliche Konflikte zwischen dem Bundeswirtschaftsminister und anderen Mitgliedern der Bundesregierung oder von Landesregierungen befürchtet.(460) Diese Überlegungen sind

---

459. Horstmann, aaO, S. 98 f.
460. Markert in Kaiser IV, aaO, S. 191 ff.

allerdings mehr theoretischer Natur, da in der Regel eine gegenseitige Abstimmung der Kabinettsmitglieder stattfindet. Schon eher könnte es einmal an einem einheitlichen Vorgehen in der Öffentlichkeit fehlen, wenn ein solcher Konfliktsfall hinsichtlich eines Landesministers eintreten würde. Alles in allem ist also festzustellen, daß § 8 I GWB nur in dem vorgenannten begrenzten Umfang für Selbstbeschränkungsabkommen in Frage kommt.

4.4.3.3. Verfahrensfragen

Abschließend soll noch kurz auf das damit verbundene Verfahren eingegangen werden, worin mitunter auch ernsthafte Schwierigkeiten für die Anwendung des § 8 I GWB auf die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen gesehen werden.(461) Zunächst einmal ist daran zu erinnern, daß einem Antrag nach § 8 GWB eine Stellungnahme der betroffenen inländischen Erzeuger und Abnehmer beizufügen ist gemäß § 8 III GWB in Verbindung mit § 6 II S. 3 GWB und daß die Antragsteller nach § 46 GWB damit rechnen müssen, Auskünfte zu erteilen und Einblicke in den Geschäftsablauf zu gewähren. Außerdem sind der Erlaubniserteilungsantrag und die Erlaubniserteilung selbst ent-

---

461. vgl. Horstmann, aaO, S. 100

sprechend § 9 I GWB in das Kartellregister einzutragen, beziehungsweise entsprechend § 10 I Nr. 1 GWB im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Hierfür würden Kosten gemäß § 80 II S. 3 GWB ebenso erhoben wie die Erlaubnis selbst als Amtshandlung nach § 80 II S. 2 Nr.2 GWB gebührenpflichtig ist. Nach § 80 VII Nr. 2 GWB sind die Antragsteller selbst Gebührenschuldner. Das bedeutet also, daß die beteiligten Unternehmen, obwohl sie nur bedingt an dem Zustandekommen dieser Selbstbeschränkungsabkommen interessiert sind, zudem noch Unkosten und Pflichten aufgebürdet erhalten. Dabei wird aber verkannt, daß die Unternehmen zumindest mit einem Rest von Freiwilligkeit auf diese Vereinbarungen eingehen und damit bewußt diese kartellrechtlichen Konsequenzen in Kauf nehmen.(462) Sie sind zumeist auch nicht ganz schuldlos an ihrer Lage und haben mitunter selbst negativen Anlaß zu solchen Abkommen gegeben; außerdem versprechen sie sich daraus die bereits aufgezeigten Vorteile. Somit gehen diese Bedenken hinsichtlich der staatlichen Inspiration ins Leere.

Zu diesem speziellen Verfahren ist weiterhin zu sagen, daß diese Erlaubnis in der Regel nicht für einen längeren Zeitraum als für drei Jahre erteilt werden soll.

---

462. Markert-Strauch, aaO, S. 67

Das dermaßen erlaubte Kartell unterliegt währenddessen wie § 11 I, II GWB vorsieht einer Mißbrauchsaufsicht seitens der Kartellbehörde nach § 11 V Nr. 2 GWB, was auch daraus ersichtlich wird, daß es gemäß § 11 IV GWB in deren Ermessen steht, die Erlaubnis zu widerrufen, falls sich die für die Erlaubniserteilung maßgeblichen Verhältnisse geändert haben.(463) Fraglich ist, ob auch den ursprünglich am Verfahren Beteiligten das Recht zusteht, einen Widerruf durch die Kartellbehörde zu beantragen.(464) Das Gesetz sagt hierzu nichts aus; nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechtes könnte dies aber entsprechend möglich sein. Nach § 11 IV GWB bestünde zwar kein diesbezüglicher Rechtsanspruch, jedoch dürfte ein klagbarer Anspruch auf ermessensfehlerfreies Tätigwerden der Kartellbehörde, sofern dies beanstandet wird, durchaus möglich sein. Im übrigen gelten die §§ 13, 14 GWB entsprechend.

Die Ablehnungsverfügung des Bundeswirtschaftsministers ist nach § 58 I Nr. 1 GWB im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Interessant ist weiter, daß gemäß § 62 IV GWB die Entscheidung über eine Beschwerde das für den Sitz der Kartellbehörde zuständige

---

463. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 22
464. vgl. Schüssler, NJW 1962, S. 2280

Oberlandesgericht entscheidet, mithin also das OLG Düsseldorf.[465] Wichtig ist noch die Feststellung, daß bei Rechtsstreitigkeiten den Gerichten gemäß § 70 IV GWB die Nachprüfung der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung, aufgrund derer der Wirtschaftsminister aus seiner politischen Situation heraus entschieden hat, entzogen ist. Dies beruht auf dem Gedanken des Gesetzgebers, daß es stets eine Entscheidung unter Beachtung der gesamten Wirtschaftslage, aber auch unter Berücksichtigung allgemeiner Sicherheits- und Wohlfahrtsinteressen wäre.[466] Die Rechtsprechung hat jedoch nicht die politische Funktion des Staates wahrzunehmen, sondern nur der Wahrung des Rechtes zu dienen; damit wird die für den Rechtsstaat notwendige Unabhängigkeit des Rechts von wechselnden Interessen und politischen Richtungen gewährleistet.[467] Dies steht im übrigen auch im Einklang mit der sonstigen rechtlichen Einordnung. Besondere Schwierigkeiten bezüglich der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen sind dabei nicht ersichtlich.

---

465. vgl. Rasch-Westrick, aaO, § 8 GWB, Rdnr.5
466. Lutz, aaO, S. 251 ff.
467. Hesse, aaO, S. 197 ff.

4.4.3.4. Zwischenergebnis

Die vorangegangene Untersuchung hat einen Weg aufgezeigt, die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen über § 8 I GWB in Form eines Ministerkartells legalisieren zu können. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn neben die konkreten Gemeinwohlbedürfnisse gesamtwirtschaftliche Vorteile treten. Beides ist getrennt und ausdrücklich festzustellen; insgesamt müssen dabei die Vorteile gegenüber den Nachteilen überwiegen. Folglich steht fest, daß insoweit überwiegend oder fast ausschließlich nur staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen legalisiert werden können, die dem ökonomischen Bereich zuzuordnen sind. Dies ist auch mit der Absicht des Gesetzgebers zu vereinbaren, in den § 2 - 8 GWB Ausnahmevorschriften nur aufgrund wirtschaftlicher Bedürfnisse zu schaffen. Dabei ist diese Vorschrift restriktive anzuwenden, so daß das Kartellverbot nur in wirklich nötigen Fällen aufgehoben wird. Soweit dieser Weg des § 8 I GWB gangbar ist, ist dies im Interesse der Rechtssicherheit, der Verfahrenskontrolle und der Kartellpublizität stets einer weiteren Einschränkung des § 1 I GWB durch eine Güterabwägung vorzuziehen.(468) Neben dem Gesetzesaufbau

468. Markert-Strauch, aaO, S. 92

und rechtsdogmatischen Gründen spricht dafür auch, daß hierdurch stärker der Gefahr begegnet werden kann, daß das Kartellverbot des § 1 GWB durchlöchert und die Grundsätze von Rechtssicherheit und Gewaltenkompetenz beeinträchtigt werden.[469] Die Güterabwägung muß auf das unbedingt erforderliche Maß begrenzt werden und für ihre Anwendung müssen aus Gründen der Rechtssicherheit besonders präzise und generelle Kriterien aufgestellt werden, gerade im Hinblick auf staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen.[470]

Entsprechend dieser Zwischenfeststellung ist die weitere Untersuchung im Hinblick auf rechtskonforme Möglichkeiten einer Güterabwägung nur noch für die Vereinbarungen relevant, denen lediglich außerökonomische Rechtsgüter zugrunde liegen und die nicht in direkter Weise gesamtwirtschaftliche Vorteile mit sich bringen. Zuvor sollen jedoch noch einige weitere gesetzliche Ausnahmeregelungen auf ihre Anwendbarkeit hin überprüft werden.

---

469. vgl. Rieger, aaO, S. 134 und
     Sack, WuW 1970, S. 403
470. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 und 149 ff.

4.4.4. Wettbewerbsregeln der §§ 28 ff. GWB

Mitunter ist auch zu hören, daß die Selbstbeschränkungsabkommen als Wettbewerbsregeln nach den §§ 28 - 33 GWB legalisiert werden können.(471) Der Begriff der Wettbewerbsregeln ist im deutschen Kartellrecht erst nach dem Zweiten Weltkrieg aufgetaucht und über das GWB geregelt worden. Solche Regeln fanden sich jedoch schon früher im Wirtschaftsleben und wurden entweder von Verbänden oder halbstaatlichen Stellen aufgestellt. Bei der Normierung der Wettbewerbsregeln im GWB ist eine gewisse Beziehung zu den in den USA entwickelten "Trade practise rules" nicht zu übersehen.(472) Auch sie wurden von Unternehmensverbänden geschaffen und sollten die Lauterkeit des Geschäftsgebahrens gewährleisten, weshalb gleichzeitig auch eine Vergleichbarkeit mit dem deutschen UWG besteht.

Auch § 28 I GWB legt fest, daß Wettbewerbsregeln von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen in ihrem Bereich aufgestellt werden können. Diese Voraussetzung wäre bei nahezu allen Selbstbeschränkungsabkommen erfüllt, da sie fast immer als Beteiligte in Erscheinung treten; das Vorhandensein staatlicher Stellen allein würde dazu aber

---

471. Tetzner, aaO, S. 194 ff.
472. Rinck, aaO, Rdnr. 1023

nicht ausreichen. Eine genaue Definition der Wettbewerbsregeln gibt § 28 II GWB als Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb zu dem Zweck regeln, einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs oder einem der Wirksamkeit des leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufendem Verhalten entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. Zunächst einmal müssen diese Wettbewerbsregeln also lauterkeitsbezogen sein.(473) Nach der Vorgeschichte dieser Bestimmung ist dabei anerkanntermaßen auf den Lauterkeitsbegriff des schon viel länger bestehenden Gesetzes gegen Unlauteren Wettbewerb in Verbindung mit dessen dazugehörigen Nebengesetzen, wie dem Rabattgesetz und der Zugabeverordnung, abzustellen;(474) genau hierauf wird auch in § 31 I GWB Bezug genommen. Danach dürfen die Wettbewerbsregeln all das untersagen, was durch das UWG und seine Nebengesetze sowieso bereits verboten ist. Insoweit kommt ihnen also eine Klarstellungs- und Publizierungsfunktion zu, ergänzt durch die weitere Zweckrichtung des Gesetzes, ein solches lauteres Verhalten bewußt anzuregen und zu fördern. Dadurch können also auch Gebote ausgesprochen werden, die jedoch wenigstens in irgend einer Form

---

473. vgl. Horstmann, aaO, S. 102 ff.
474. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 1025

einen Lauterkeitsbezug haben müssen.[475]

Diese Voraussetzung müßten also auch die Selbstbeschränkungsabkommen erfüllen. Dem ist aber in aller Regel nicht so. Von den aufgezeigten Beispielsfällen wäre dabei wohl nur an diejenigen zu denken, die durch die Abgrenzungen sowieso bereits ausgeschieden worden sind. Überwiegend liegen diesen Vereinbarungen außerökonomische Rechtsgüter zugrunde, die etwa einen umfassenden Gesundheitsschutz bezwecken, so daß ein Ansatzpunkt für die Lauterkeit infolge Fehlens irgend welcher direkter, legaler, wirtschaftlicher Vorteilserwägungen sowieso fehlt.Angesprochen worden ist in diesem Zusammenhang aber das Vorhandensein einer gewissen Grauzone; Markert-Strauch zeigen dabei auf, daß auf dem Gebiet des Umweltschutzes Handlungen zu beachten sind, die unter bestimmten Bedingungen zu unlauterem Verhalten in einer Branche führen können, wenn sie nicht vorbeugend bekämpft werden.[476] Konkrete Einzelfälle hierzu sind aber noch nicht bekannt geworden. Insgesamt ist unter Würdigung der Beispielsfälle festzuhalten, daß eine Lauterkeitsbezogenheit nur sehr selten, um nicht zu sagen gar nicht festgestellt werden kann, so daß auf

---

475. Sack, WuW 1970, S. 196

476. Markert-Strauch, aaO, S. 85

den zugegebenermaßen unscharfen Lauterkeitsbegriff nicht näher eingegangen zu werden braucht.

Die zweite Zweckrichtung der Wettbewerbsregeln ist nach § 28 II GWB die, einem der Wirksamkeit des leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken oder ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. Lange Zeit war es umstritten, ob Wettbewerbsregeln auch zum Schutz und zur Förderung des Leistungswettbewerbes zulässig sind. Dafür sprach, daß bei der Einführung des Gesetzes ausdrücklich von einer positiven Handhabe bezüglich des Leistungswettbewerbes gesprochen wurde.(477) Das Bundeskartellamt hat sich zunächst im Falle der Ziehereien und Kaltwalzwerke für eine restriktive Auslegung hinsichtlich des Lauterkeitsgebotes ausgesprochen,(478) danach seine Auffassung jedoch ausdrücklich revidiert und wollte alle Wettbewerbsregeln tolerieren, die die Leistungsgerechtigkeit im Wettbewerb schützen und überhaupt den Wettbewerb fördern würden.(479) Der Bundesgerichtshof hat die Frage zunächst offen

---

477. vgl. Markert-Strauch, aaO, S. 86
478. WuW/E, BKartA 1960, S. 301 ff.
479. BKartA, Tb 1965, S. 14 ff. und
BKartA, Tb 1966, S. 11

gelassen, später aber festgestellt, daß solche Wettbewerbsregeln den § 1 I GWB verletzen, weil sie "lauteres Verhalten " untersagen.[480]

Die Gesetzesnovellierung im Jahre 1973 hat hier zu gewissen Veränderungen geführt. Durch diese Formulierung sowie die Begründung dazu ist eindeutig festgestellt, daß Wettbewerbsregeln auch zum Schutz leistungsgerechten Wettbewerbes aufgestellt werden können.[481] Auch dabei ist der Begriff des Leistungswettbewerbes unscharf geblieben, jedoch bietet sich auch hier nicht zuletzt wegen einer Einheitlichkeit der Rechtsordnung eine Heranziehung des § 1 UWG an, wonach der Leistungswettbewerb etwa als Gegensatz zum Behinderungswettbewerb gesehen werden muß und damit eigentlich einen besonderen Unterfall des lauteren Wettbewerbes darstellt.[482] In diesem Sinne ist auch die Regierungsbegründung zu verstehen, die den Ausdruck "leistungsgerechter Wettbewerb" auf den markt- und wirtschaftspolitischen Institutionsschutz bezieht und damit eine Ergänzung zum eher im engeren Sinne zivilrechtlich verstandenen, mehr dem Individualschutz zugeordneten Begriff des "lau-

---

480. BGH/Z 46, S. 168
481. BT-Drucksache, VI/Nr. 2520, S. 34
482. Säcker, aaO, S. 53 ff.

teren Wettbewerbes" schafft.[483] Insoweit ist es also durchaus denkbar, daß durch Wettbewerbsregeln auch einmal ein lauteres Verhalten untersagt werden kann, wenn es dem leistungsgerechten Wettbewerb zuwiderläuft, wobei ausdrücklich die Mischkalkulation, aber auch besondere Rabattverfahren angesprochen sind. Dasselbe gilt für die dritte Tatbestandsalternative der Anregung und Förderung, was auch auf den Leistungswettbewerb bezogen ist, wobei insbesondere an die sachlich vergleichende Werbung oder auch das Führen von Preislisten zu denken ist.[484]

In diese Auslegungsüberlegungen spielt auch § 31 I GWB herein, wonach das Bundeskartellamt die Eintragung einer Wettbewerbsregel ablehnen kann, wenn sie gegen das GWB, das UWG, das Rabattgesetz oder die Zugabeverordnung verstößt. Dabei ist sowohl der Lauterkeitsbezug als auch der Leistungswettbewerbsbezug zu berücksichtigen, was letzteres gerade Horstmann übersieht und damit gar keinen Sinn in der Nennung des UWG sehen kann.[485] § 31 I GWB schafft nämlich durch die Nennung dieser gesetzlichen Schranken eine Begrenzung der Eintragungsfähigkeit, wobei dem Bundeskartell-

---

483. vgl. BT-Drucksache, VI/Nr. 2520, S. 34 f.
484. Rinck, BB 1962, S. 105
485. Horstmann, aaO, S. 103 f.

amt ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt ist, so daß auch dabei eine Art von Güter- und Interessenabwägung gerade bezüglich der beiden genannten Begriffsmerkmale stattfinden kann. Das führt dann im Endergebnis dazu, daß neben den leistungswettbewerblichen Überlegungen auch ein Lauterkeitsbezug in gewissem Umfange vorhanden sein muß.

Dies alles zusammen zeigt dann aber, daß die Auffassungen, wonach Selbstbeschränkungsabkommen als Wettbewerbsregeln legalisiert werden können, fehl schlagen.[486] Nur in ganz seltenen, besonders gelagerten, kaum denkbaren Einzelfällen könnten einmal damit zugleich solche Wettbewerbsregeln gegeben sein, die über § 29 GWB dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen werden. Für die Mehrzahl dieser Vereinbarungen gilt aber, daß durch sie weder ausgesprochen der Leistungswettbewerb gefördert und schon gar nicht geschützt wird, noch darüber hinaus spezielle Lauterkeitsbezüge vorhanden sind, worauf die hinter diesen Abkommen stehenden Rechtsgüter eben keinen Einfluß haben. Damit stellen die Wettbewerbsregeln keine generelle Freistellungsmöglichkeit für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen vom Kartellver-

---

486. vgl. Tetzner, aaO, S. 194 ff. und Fikentscher, GRUR 1966, S. 186 ff.

bot des § 1 GWB dar.

4.4.5. Opportunitätsprinzip des § 47 OWiG

Nachdem GWB-intern mit Ausnahme des § 8 I GWB für den ökonomischen Bereich bisher noch keine generelle Freistellungsmöglichkeit aufgezeigt werden konnte, soll diesbezüglich nun noch etwas weiter ausgeholt werden. Dabei ist zunächst an eine entsprechende Anwendung des Opportunitätsprinzips aus § 47 OWiG zu denken. Zur ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfolgung eines Kartellverstoßes war nach § 81 II GWB alter Fassung ein öffentliches Interesse an der Verfolgung erforderlich. Damit konnte die Kartellbehörde durch Verneinung des Vorliegens des öffentlichen Interesses von der Verhängung einer Geldbuße absehen und eine eigentliche Ordnungswidrigkeit ungeahndet lassen.(487) Mit dieser Begründung hat selbst das Bundeskartellamt die Verfolgung solcher Wettbewerbsbeschränkungen unterlassen, wobei mitunter sogar offen gelassen wurde, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 1 GWB vorlag.(488)

Die Kartellnovelle vom 15.09.1965 strich diesen § 81 II GWB ersatzlos; an dessen

---

487. Gem.Kom., aaO, § 81 GWB, Rdnr. 2
488. vgl. WuW/E, BKartA 1961, S. 370

Stelle trat § 7 OWiG alter Fassung. Seit dem Jahre 1968 gilt jedoch für die Verfolgung von Kartellverstößen durch die Kartellbehörde § 47 OWiG. Es ist also nicht mehr das Vorliegen eines öffentlichen Interesses Voraussetzung für die Verfolgung. Deshalb ist es heute unzulässig, daß die Kartellbehörde von einer Geldbußenverhängung nur mit dem Argument absieht, es würde am öffentlichen Interesse fehlen.(489) Auf jeden Fall reicht eine diesbezüglich rein formelhafte Verneinung nicht mehr aus.(490)

Nach § 47 OWiG liegt also die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Sie hat demnach die Möglichkeit, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, für die keine Legalisierungsmöglichkeit nach den §§ 2 - 8 GWB besteht, dermaßen zu tolerieren, daß von der Verhängung einer Geldbuße, die eigentlich nach § 38 I GWB in Verbindung mit § 1 I GWB angezeigt wäre, im Einzelfall abgesehen werden kann. Zuständig hierfür ist nach den §§ 81, 44 I Nr. 1, 2 GWB das Bundeskartellamt beziehungsweise der Bundesminister für Wirtschaft. Sie können also nach dem Grundsatz

---

489. Rotberg-Kleinewefers-Boujong, aaO, § 47 OWiG, Rdnr. 2

490. vgl. Gutzler, NJW 1965, S. 2333

der Opportunität auf die Verhängung einer solchen Geldbuße verzichten, wenn sie eine solche Ahndung für nicht geboten halten.[491] Dies wird allgemein so begründet, daß auch im Bereich des Kartellstrafrechts die Anwendung der gesetzlich normierten Sanktion einem Verstoß im Einzelfall nicht immer angemessen und erforderlich scheint. Dies gilt nicht nur bei geringem Unrechtsgehalt oder einer minimalen Gefährdung, sondern auch bei außerhalb des Bagatellbereichs liegenden Verstößen,[492] etwa aufgrund der persönlichen Einstellung des Zuwiderhandelnden. Gleichzeitig ist der Ermessensspielraum jedoch an dem Bestehen der gesetzlichen Legalisierungsmöglichkeiten auszurichten.

Dies gilt auch für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen, so daß wegen des mit dem Opportunitätsprinzip der Tendenz nach verbundenen öffentlichen Interesses hier wohl immer von der Verhängung einer Geldbuße abgesehen werden kann. Nichtverfolgung und Legalisierung sind aber rechtlich nicht identisch; der Verzicht auf die Verfolgung berührt die zivilrechtlichen Sanktionen des GWB im Sinne des Rechtsschutzverweigerungsprin-

---

491. Rebmann-Roth-Herrmann, aaO, § 47 OWiG, Rdnr. 1 f.
492. Göhler, aaO, § 47 OWiG, Anm. 1 f.

zips in keiner Weise.[493] Der Anwendungsbereich des Kartellverbots nach § 1 I GWB ist nämlich nicht infolge dieses Oppurtunitätsgrundsatzes einschränkbar, so daß dies nichts zu der zivilrechtlichen Wirksamkeit oder Nichtigkeit aussagt. Auch ein Selbstbeschränkungsabkommen, das nicht mit einer Geldbuße geahndet wird, bleibt zivilrechtlich nach § 1 I GWB nichtig, weshalb die entsprechenden Vereinbarungen unverbindlich und nicht einklagbar sind. Es bietet sich hier also nicht eine Möglichkeit, wie vielfach angenommen, dadurch eine raisonable Anwendung des Gesetzes zur umfassenden Freistellung von Selbstbeschränkungsabkommen zu erreichen.[494] Dies beruht darauf, daß das OWiG lediglich einen ordnungswidrigkeitsrechtlichen Aspekt bietet. Eine Anwendung kommt demnach nur in Betracht, wenn die materiellrechtliche Problematik, ob überhaupt ein Verstoß gegen das GWB vorliegt, abschließend geklärt ist. Gerade dies ist aber hier die entscheidende Frage. Das Opportunitätsprinzip kann hierauf also keinen Einfluß nehmen, da es erst eine Stufe später geschaltet ist. Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Selbstbeschränkungsabkommen kann auf diesem Wege nicht entschieden werden.[495]

---

493. Markert-Strauch, aaO, S. 93
494. vgl. Hübner, aaO, S. 25
495. Kartte, NJW 1963, S. 625 und Friedrich, aaO, S. 78f.

Markert-Strauch weisen in diesem Zusammenhang noch auf die hiermit verbundenen Probleme des Verfolgungsverfahrens hin, etwa auf das Anhörungsgebot der Betroffenen sowie auf die Weisungsgewalt des Ministers gegenüber dem Bundeskartellamt.[496] Auf die genaue Erörterung dieser Fragen kann hier aber ebenso verzichtet werden, wie auf die Untersuchung der Kompetenzverteilung in besonderen Einzelfällen, da feststeht, daß eine Tolerierung nach § 47 OWiG auf das gesetzliche Legalisierungsverfahren in zivilrechtlicher Hinsicht keinen Einfluß hat und somit nicht geeignet ist,[497] die aufgeworfene Problematik einer Lösung zuzuführen.

4.4.6. Sonstige gesetzliche Regelungen

Nachdem im GWB selbst, aber auch in den damit direkt verbundenen Gesetzen keine vollständige Lösungsmöglichkeit ersichtlich geworden ist, sind sonstige gesetzliche Regelungen dahingehend zu überprüfen, ob sie sich für einen eventuellen Lösungsansatz eignen. Bereits bei der Entscheidung des Bundeskartellamtes im Doppelsteckerfall ist in der Begründung die Idee einer Gesetzeskonkurrenz angeklun-

---

496. Markert-Strauch, aaO, S. 96

497. vgl. Rehbinder, BB 1964, S. 895 ff.

gen.[498] Gesetzeskonkurrenz mit § 1 GWB läge also immer dann vor, wenn ein anderes Gesetz den Abschluß eines solchen Wettbewerbsbeschränkungsvertrages vorschriebe. Das setzt demnach voraus, daß ein und derselbe Sachverhalt die Tatbestände zweier unterschiedlicher Normen erfüllt, von denen nur eine Rechtsfolge mit Sinn und Zweck beider Gesetze im Einklang steht.[499] Die Ausgangslage ist also ähnlich wie bei der vorab schon ausführlich beschriebenen Güterabwägung, nur daß das Konkurrenzrechtsgut hier einen ausdrücklichen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Ein solcher möglicher Konfliktsfall ist zuvor bereits im Rahmen der Wettbewerbsregeln zwischen § 1 GWB und § 1 UWG angesprochen worden. Hier ist jedoch eindeutig, daß das GWB als das speziellere Gesetz Vorrang hat, so daß das Kartellverbot nur für den lauteren Wettbewerb relevant wird.[500]

In dieser Doppelsteckerentscheidung hat das Bundeskartellamt also die 2. DVO zum Energiewirtschaftsgesetz angesprochen. Daß zwischen deren § 1 und § 1 I GWB Gesetzeskonkurrenz vorliegen könnte, ist ohne besondere Begründung verneint worden.

---

498. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.
499. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 250
500. vgl. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 77

Dies ist allerdings zutreffend, weil Gesetzeskonkurrenz nur zwischen formell zumindest gleichrangigen Normen vorliegen kann und eine Durchführungsverordnung im Range unterhalb formeller Gesetze steht.[501] Deshalb ist die Doppelsteckervereinbarung richtiger Weise nicht über diese eventelle Ausnahmevorschrift gelöst worden. Darauf wird aber wegen der grundsätzlichen Möglichkeit von Gesetzeskonkurrenzen später nochmals zurückzukommen sein. Auf mögliche Formen und den daraus folgenden Einfluß solcher speziellen Gesetzesüberschneidungen wird dabei dann eingegangen werden müssen. Hier soll nur auf solche Normen hingewiesen werden, die ganz bewußt ein wettbewerbseinschränkendes Verhalten gebieten oder ermöglichen könnten.

In diesem Zusammenhang ist auch an das Energiesicherungsgesetz zu denken. § 12 des Energiesicherungsgesetzes aus dem Jahre 1973[502] ist zwischenzeitlich durch § 13 des Energiesicherungsgesetzes von 1975[503] ersetzt worden und ist befristet bis zum Jahresende 1979. Diese Norm stellt eine bewußte Ausnahmeregelung zu § 8 GWB dar.[504] Voraussetzung ist die Gefährdung oder Stö-

---

501. vgl. Horstmann, aaO, S. 46 f.
502. BGBl., 1973, T. 1, S. 1585
503. BGBl., 1974, T. 1, S. 3681
504. Danner, NJW 1975, S. 361 ff.

rung der Energieversorgung gemäß § 1 I EnSG, wobei diese Energiekrise auf einer Gefährdung oder Störung der Einfuhr von Erdöl, Erdölerzeugnissen oder Erdgas beruhen muß. § 13 EnSG verlangt, daß ein solcher Kartellvertrag daraufhin zur Sicherung der Energieversorgung notwendig ist. Außerdem ist dessen Subsidiarität in der Weise vorgeschrieben, daß eine solche Erlaubnis nicht an die Stelle einer an sich notwendigen hoheitlichen Regelung der Energieversorgung treten darf. Daraus ergibt sich schon, daß in all den Fällen, in denen § 13 I EnSG eingreift, in aller Regel auch § 8 I GWB wegen seiner wirtschaftlichen Ausprägung gegeben ist. Für das hier angesprochene Problem der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen kann dies also nur in einem solch speziellen Ausnahmefall eingreifen und ändert darüber hinaus an der Rechtslage wenig, da, wie zuvor beschrieben, solch ein Fall bereits durch § 8 I GWB legalisiert werden kann. In der Literatur wird deshalb auch die Bedeutung dieser Norm weniger auf der materiellen Seite als vielmehr in der Erleichterung des Verfahrensablaufs gesehen. Wettbewerber und Abnehmer sind nicht im gleichen Ausmaß zu informieren und die wirkliche Marktlage muß auch nicht im selben Umfang wie bei § 8 GWB berücksichtigt werden.[505]

---

505. Schmidt, BB 1974, S. 149 f. und WuW 1974, S. 35

Hinzu kommen noch weitere anders gestaltete Zuständigkeits- und Aufsichtsregelungen. Es zeigt sich also, daß hierbei keine eigentliche Gesetzeskonkurrenz zu § 1 I GWB entsteht, sondern daß dies vielmehr eine Ergänzung der gesetzlich normierten Freistellungsmöglichkeiten ist, was aber für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen keine generelle Lösung darstellt.

In der Literatur ist desweiteren im Falle der eingangs angesprochenen Konzertierten Aktion ein solcher Konfliktsfall zwischen § 3 StabG und § 1 GWB gesehen worden.(506) Nochmals erinnert werden soll daran, daß dies dann eintreten kann, wenn Unternehmen, die eine konzertierte Marktpolitik verfolgen, sich in einer bestimmten Weise gleichmäßig verhalten und sich zur Begründung für dieses Verhalten auf die Orientierungsdaten oder Vereinbarungen im Rahmen der konzertierten Aktion berufen.(507) Das GWB wird nun als Leitgesetz der ordoliberalen Vorstellungen von einer freien Wettbewerbswirtschaft angesehen, da die Preisbildung auf dem Markt erfolgen und die Entstehung wirtschaftlicher Macht verhindert oder ihre Ausübung wenigstens kontrolliert werden

---

506. Ritter, DB 1968, S. 1393 ff.
507. vgl. Biedenkopf, BB 1968, S. 1009

soll.[508] Faßt man nun das Stabilitätsgesetz mit der Konzertierten Aktion als neues Leitgesetz einer wirtschaftspolitischen Konzeption auf, so tritt eine tatsächliche Konkurrenz zum GWB auf, da mit der Konzertierten Aktion den Verbänden und organisierten Gruppen Entscheidungs-, Durchsetzungs- und Lenkungsgewalt gegeben würde, was aufgrund der Spezialität zu einer Einschränkung des GWB führen müßte.

Dieser Ansatz dürfte aber nach wohl herrschender Meinung nicht richtig sein.[509] Ohne auf die staats- und ordnungspolitischen sowie die zuständigkeitsrechtlichen Überlegungen hier einzugehen, ist die Absicht des Gesetzgebers herauszustellen, der in § 1 StabG ausdrücklich postuliert, daß die wirtschaftspolitischen Maßnahmen des Staates, also mithin auch die Konzertierte Aktion, im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung liegen müssen.[510] Es sind also gerade nicht Eingriffe durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in den ansonsten freien wettbewerblichen Koordinationsprozeß im Interesse einer wirtschaftlichen Effektivität von Konzertierter Aktion oder staatlicher Planung vorgesehen, vielmehr ist hierin und damit

---

508. Ritter, BB 1968, S. 1397 f.
509. Lutz, aaO, S. 210 ff.
510. vgl. BT-Drucksache, V/Nr. 1678, S. 5

sogar über das Grundgesetz hinausgehend eine Entscheidung für die marktwirtschaftliche Ordnung und somit auch für eine wettbewerbliche und nicht vermachtete Marktwirtschaft zu sehen. Nach Lutz hat sich somit der Gesetzgeber bewußt für eine spezifische Kombination von Marktwirtschaft und staatlicher Planung unter dem Primat der marktwirtschaftlichen Ordnungselemente entschieden, so daß nur von einer Ergänzung des GWB gesprochen werden kann.(511) Damit zeigt sich, daß zwischen § 1 I GWB und § 3 StabG eine in Ausnahmefällen möglicherweise auftretende Konfliktsituation zugunsten der Wettbewerbsfreiheit insoweit zu entscheiden ist, als dem GWB Vorrang gebührt und eine Freistellung nur über die darin vorgesehenen Legalisierungsmöglichkeiten in Frage kommen kann.

Dies führt auch wieder zu der Ausnahmegeneralklausel des § 8 I GWB, die hier sicherlich erfüllt wäre und eingreifen könnte, da es sich um ein Rechtsgut des ökonomischen Bereichs handelt und wirtschaftliche Vorteilserwägungen durchgreifen.(512) Für eine generelle Problemlösung leistet aber auch dies keinen Beitrag, da die Legalisierungsmöglichkeit von wirtschaftlich ausgerichteten Selbstbeschrän-

---

511. Lutz, aaO, S. 212

512. Lutz, aaO, S. 254 f.

lungsabkommen über § 8 I GWB bereits festgestellt ist und die gesamte Sachverhaltskonstellation im Übrigen so außergewöhnlich ist, daß deren Lösung nicht auf andere dementsprechende Fälle übertragbar ist.

Als letztes soll noch auf das Außenwirtschaftsgesetz eingegangen werden, das Bedeutung gewinnen könnte im Hinblick auf internationale Exportselbstbeschränkungsabkommen. Diese Frage wurde gerade nach dem Inkrafttreten der internationalen und nationalen Liberalisierungsgebote im GATT und im Außenwirtschaftsgesetz akut.(513) Dabei dienen die Selbstbeschränkungsabkommen dazu, durch Begrenzung bestimmter Exporte quantitative Einfuhrregulierungen vorzunehmen, ohne das Diskriminierungsverbot des GATT förmlich zu verletzen. Speziell hierfür wurde etwa das Internationale Genfer Baumwolltextilabkommen abgeschlossen.(514) Das bereits zuvor erwähnte japanische Exportselbstbeschränkungsabkommen und auch entsprechende Probleme in den USA zeigen auf, daß die damit verbundenen Fragen immer mehr an Bedeutung gewinnen. Was das vorgenannte Beispiel anbelangt, so liegt hier aufgrund

---

513. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 24

514. vgl. BGBl. 1970, Nr. 28 und 47

des internationalen Abkommens ein Regierungsabkommen gemäß § 10 III AWG vor. Soweit dabei gleichzeitig etwa auch § 6 AWG gegeben ist und diese Vereinbarungen zur Unterbindung unlauteren Wettbewerbs dienen sollen, greift aber sowieso § 1 GWB nicht ein. Wird dabei der Bestand deutscher Unternehmen gefährdet, so wäre im übrigen auf § 8 II GWB zu verweisen. Maßnahmen im Sinne des § 8 II GWB sind nämlich die Schutzvorkehrungen, die autonom aufgrund des § 10 AWG im Rahmen des Artikel XIX GATT veranlaßt oder in solchen Staatsverträgen vereinbart werden können.(515) Diese Konstellation ist jedoch nicht der Regelfall, im übrigen hat die Bundesrepublik als Mitgliedsstaat der EWG auf eine autonome Zollpolitik verzichtet, so daß deshalb sowieso nur noch eine beschränkte Möglichkeit für solches Vorgehen besteht.(516) Außerdem werden bei der neugeschaffenen Vereinbarung über den internationalen Handel mit Textilien unter Verweisung auf das GATT eindeutige Eingriffskriterien für den Abschluß solcher Selbstbeschränkungsabkommen postuliert.(517)

Soweit hierdurch oder aber auch durch Ex-

---

515. Gem.Kom., aaO, § 8 GWB, Rdnr. 19
516. vgl. Schüssler, NJW 1962, S. 2276
517. vgl. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 24

portselbstbeschränkungsmaßnahmen im Rahmen des sogenannten "Orderly Marketing" die liberalen Ordnungsideen des GATT gefährdet sein könnten, bedarf dieses hier keiner Erörterung. Wenn derartige Kartellmaßnahmen aber Inlandswirkung zeigen und zugleich für die Bundesrepublik wettbewerbsrechtlich bedenklich sind, so unterliegen sie den §§ 1 ff. GWB in Verbindung mit § 98 II GWB.[518] Gerade bei diesen Selbstbeschränkungsabkommen ist zu beachten, daß sie mitunter auf keinerlei staatlichen Abkommen basieren und rein privater Natur sind. Je nach dem, wie weit die Regierung dabei eingeschaltet worden ist und ihre Interessen zum Ausdruck bringen konnte, wird dies von ihr als erwünscht oder weniger erwünscht angesehen. Soweit es sich also nicht um Regierungsabkommen handelt und das deutsche Kartellverbot nach § 1 GWB eingreift, wäre nur in seltenen Ausnahmefällen an eine Legalisierung über § 8 GWB zu denken. Wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten ist aber davon bislang nie Gebrauch gemacht worden. Daß insbesondere § 8 II GWB selten vorliegen dürfte, ist mit auf das umfangreiche Instrumentarium für Einfuhr- und Ausfuhrregelungen zurückzuführen, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere wieder an § 10 AWG zu erinnern ist. § 10 AWG enthält den Maßstab für jede staatliche Inter-

---

518. Markert, AHD 1972, S. 595

vention in dem ansonsten nach § 1 AWG freien Raum der Außenwirtschaft.

Soweit also der Weg über eine Regierungsvereinbarung und weiter damit verbundenen Eingriffen des Staates eingeschlagen wird, ist dies kartellrechtlich irrelevant, da solche staatlichen Hoheitsakte, auch wenn sie die inländischen Marktverhältnisse beeinflussen und deutsche Unternehmen daran indirekt beteiligt gewesen sind, vom Kartellrecht nicht umfaßt werden.(519) Dabei ist aber zu beachten, daß § 10 AWG nur zu einer Einfuhrbegrenzung, nicht aber zur Lenkung der Warenströme des jeweiligen Gutes innerhalb des Einfuhrlandes ermächtigt.(520) Sollte dabei aber diese Ermächtigungsmöglichkeit überschritten werden, so würde zugleich die darin postulierte Freistellungsmöglichkeit für Selbstbeschränkungsabkommen von der Anwendbarkeit des GWB entfallen. Es zeigt sich damit, daß nicht nur international gesehen über das GATT, sondern auch in nationaler Hinsicht Exportselbstbeschränkungsabkommen mannigfaltige Probleme aufwerfen.(521) Eindeutig klar wird dabei aber, daß gerade das Fehlen einer internationalen

---

519. Müller-Griess-Giessler, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 28 ff.
520. Ullrich, AWD 1974, S. 362 ff.
521. Ullrich, AWD 1974, S. 357 ff.

Kartellrechtsordnung ein echtes Versäumnis darstellt.[522] Einer Vertiefung dieser Fragen bedarf es aber nicht, weil diese Sonderproblematik keinesfalls für staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen richtungsweisend sein kann.

Alles in allem ist damit festzustellen, daß zwar besondere gesetzliche Regelungen in ganz speziellen Einzelfällen zu einer Lösung führen können, wobei allerdings zumeist Beispielsfälle aus dem ökonomischen Bereich vorliegen und somit vielfach auch der Weg über § 8 I GWB offen wäre; im Regelfall allerdings wirkt dies auf die generelle rechtliche Problematik nicht ein.

4.5. Rückgriff auf § 1 I S. 1 GWB im Sinne der Rechtsfortbildung

Die bisherigen Überlegungen zeigen auf, daß noch immer eine befriedigende Lösungsmöglichkeit für die Selbstbeschränkungsabkommen aussteht, hinter denen Rechtsgüter aus dem außerökonomischen Bereich stehen. Deshalb soll der Gedanke einer Rechtsfortbildung nochmals aufgegriffen werden

---

522. Fikentscher, GRUR Int. 1973, S. 478 ff.

mit dem Ziel, die fehlende Rechtssicherheit durch das Einführen zusätzlicher Kriterien wenigstens weitgehend herzustellen und dabei zugleich die damit verbundenen Rechtsstaatsgrundsätze näher zu erleuchten.

4.5.1. Ansatzpunkt für eine Konkretisierung

Diese Untersuchung hat gezeigt, daß alle staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen zunächst einmal grundsätzlich dem Kartellverbot des § 1 I GWB unterstehen. Die Versuche durch Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale diesen Anwendungsbereich einzuschränken, sind ebenso fehlgeschlagen wie der Gedanke an eine rechtsfortbildende Restriktion bisher an der nicht genügenden Rechtssicherheit scheitern mußte. Dasselbe gilt für sonstige rechtliche Ausnehmungsmöglichkeiten und auch den Versuch der Erweiterung ausdrücklicher gesetzlicher Ausnahmetatbestände. Ein positives Zwischenergebnis wurde nur insoweit erreicht, als staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen, denen zumindest auch ökonomische Rechtsgüter zugrunde liegen, nach der Ausnahmegeneralklausel des § 8 I GWB als Ministerkartell erlaubt werden können. Für die anderen außerökonomisch bedingten, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen fehlt es jedoch noch immer an einer befriedigenden Legalisierungsmöglichkeit.

Deshalb soll nochmals der Gedanke der rechtsfortbildenden Restriktion aufgegriffen werden mit dem Ziel, Kriterien für eine Zulässigkeit herauszuarbeiten, die auch den Rechtssicherheits- und Rechtsstaatlichkeitsgrundsätzen standhalten. Diese Überlegungen sind bisher nur sehr sporadisch angestellt worden und erst Horstmann ist es vor allem zu verdanken, daß hier eine Fortentwicklung stattgefunden hat; damit sind auch die Argumente derer entkräftet, die von der Unzulässigkeit einer außerkartellrechtlichen Restriktion des § 1 GWB ausgehen.[523] Grundlage dieser rechtsfortbildenden Restriktion ist, wie bereits dargestellt, die Tatsache, daß § 1 GWB zu weit gefaßt ist, so daß Fälle mitumfaßt werden, die eigentlich von der Regelung direkt oder über eine Ausnahmevorschrift ausgenommen sein müßten.[524] Erforderlich ist also eine Eingrenzung des Anwendungsbereiches des § 1 I GWB. Während der ersten Feststellung, daß der Normanwendungsbereich zu weit gefaßt ist, bereits genügender Raum eingeräumt wurde und mit dem Ergebnis endete, daß die Zielrichtungen dieser Abkommen ein Kartellverbot zumeist als unangemessen oder unpassend erscheinen lassen, ohne allerdings genaue Wertmaßstäbe setzen oder Anhaltspunkte dafür liefern zu können, ist es nun eben die verbleibende Aufgabe, bei gerade dieser Rechtsfortbildung gleichzeitig die

---

523. Horstmann, aaO, S. 109 ff. und
entg. Friedrich, aaO, S. 138

524. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 377 ff.

neuen Grenzen dieser Norm aufzuzeigen und der Praxis die entsprechenden Kriterien an die Hand zu geben.

Dabei ist nochmals darauf hinzuweisen, daß die alleinige Bejahung der Legalisierungsmöglichkeit ökonomisch bedingter staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen über § 8 I GWB nicht zu dem Fehlschluß führen darf, die Berücksichtigung außerökonomischer Rechtsgüter in irgend einer Form innerhalb des GWB wäre systemwidrig.(525) Dafür sprechen zum einen vereinzelte Regelungsnuancen in den §§ 2 - 7 GWB, vor allem aber die Fassung des § 24 III S. 1 GWB, wo ausdrücklich das überragende Interesse der Allgemeinheit alternativ den gesamtwirtschaftlichen Vorteilen gegenübergestellt wird. Hierdurch sollte bei dieser Norm eine allgemeine politische Korrektur ermöglicht werden, was auch die beiden alternativen Tatbestandsmerkmale ausdrücken.(526) Auf der einen Seite muß eine wirtschaftliche Bewertung erfolgen, die zumindest in wesentlichen Bereichen Vorteile erbringt, während andererseits das Interesse der Allgemeinheit weit zu verstehen ist, letztlich aber überragend sein muß.(527) Der zuständige Bundeswirt-

---

525. Markert-Strauch, aaO, S. 89
526. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 24 GWB, Rdnr. 32
527. Knöpfle, WuW 1974, S. 6 ff. und 13 ff.

schaftsminister hat dabei alle festgestellten gesamtwirtschaftlichen Vorteile und Interessen der Allgemeinheit mit den vom Bundeskartellamt in seiner Entscheidung nach § 24 I GWB genannten Nachteilen abzuwägen. Bei dieser Gesamtabwägung ist nicht erforderlich, daß sie zu überwiegenden Gesamtvorteilen führt, es reicht aus, wenn die Vorteile die Nachteile aufwiegen, allerdings ist auch hier nicht von der bereits angesprochenen Gesamtanalyse der Begriffe auszugehen, wie die ergangenen Entscheidungen zeigen.(528) Die Systematik und der Gehalt dieser Norm werden auch deutlich an den beiden positiv entschiedenen Beispielsfällen Veba/Gelsenberg(529) und Babcock/Artos.(530) Aus all dem zeigt sich, daß das GWB auch außerökonomischen Rechtsgütern und allgemeinen Interessenüberlegungen zumindest dem Grunde nach zugänglich ist.

4.5.2. Abhängigkeit vom Grad staatlicher Beeinflussung

Aufgrund dieser Überlegungen ist nun also die rechtsfortbildende Restriktion mit dem Ziel voranzutreiben, der Güterabwägung noch zusätzliche Kriterien zur Erreichung ge-

---

528. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 24 GWB, Rdnr. 37 und entg. Fatscheck, aaO, S. 148
529. WuW/E, BKartA 1974, 1457 und WuW/E, BMW 1974, 147
530. WuW/E, BKartA 1976, 1653 und WuW 1976, S. 756

nügender Rechtssicherheit anbeizustellen. Dabei soll nicht, wie zumeist und auch vorausgehend bereits ohne besonderen Erfolg versucht, auf bestimmte Rechtsgütergruppen sondern auf den Grad staatlicher Beeinflussung abgestellt werden. So sind bei der Erörterung der Problemstellung im Hinblick auf die Systematisierung der Konstellationen schon drei verschiedene Gruppen gebildet worden, auf die nunmehr abzustellen ist und wobei durchaus verschiedene Ergebnisse möglich sind.

4.5.2.1. Völlige Freiwilligkeit

Zunächst soll die Gruppe der Selbstbeschränkungsabkommen untersucht werden, die wirklich freiwillig zu nennen sind, also ohne erkennbaren Einfluß Dritter zustande gekommen sind. Diese Fälle sind nicht besonders häufig und berühren die hier gestellte Problematik nur am Rande, dienen aber dazu, zu deren Ergebnis hinzuführen. Die Tatsache, daß das Eingreifen des Kartellverbotes unangemessen und unpassend wäre gegenüber dem Schutz vorhandener höherwertiger Interessen, reicht für die Bejahung der Rechtssicherheit nicht aus. Deshalb ist daran gedacht worden, auch das Interesse der an der Absprache Beteiligten mit heranzuziehen.(531)

---

531. Horstmann, aaO, S. 112 f.

Zunächst einmal ist bei einer nicht geringen Zahl von Fällen davon auszugehen, daß solche freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen nicht nur im öffentlichen Interesse sondern daneben auch im Eigeninteresse abgeschlossen werden. Kommt letzteres aber hinzu, so müssen die beteiligten Unternehmen sowieso mit einer Unterwerfung unter die kartellrechtlichen Gesetze rechnen und können somit nicht mit Sicherheit auf den Bestand ihrer Abkommen vertrauen. Da sie damit gewöhnlichen Kartellverträgen praktisch gleichzustellen sind, kann das Kartellverbot nach § 1 I GWB nicht als unpassend angesehen werden. Im übrigen bleibt ihnen immer noch die Freistellungsmöglichkeit nach § 8 GWB, da das vorhandene Eigeninteresse auf wirtschaftliche Vorteilserwägungen schließen läßt, was diesen Weg grundsätzlich öffnen würde und nur noch verlangte, daß auch überwiegende Gründe hinsichtlich der Gesamtwirtschaft bestehen. Für diese letztgenannten Fälle ist also kein berechtigtes Bedürfnis an einer besonderen Legalisierungsmöglichkeit vorhanden.

Anders könnte dies schon in dem nur noch verbleibenden Fall sein, daß dieses Selbstbeschränkungsabkommen lediglich aus Interessen der Allgemeinheit abgeschlossen wird. Dann können logischerweise auch nur öffentliche, nicht aber eigene Interessen durch ein Kartellverbot berührt werden.

Dabei ist allerdings außer acht zu lassen, daß die beteiligten Unternehmen natürlich auch ein Teil der Allgemeinheit sind und dies in sehr geringem Ausmaß wieder indirekt auf sie zurückgeht. Eine letztlich unangemessene Verletzung der Vertragsparteien könnte nur darin gesehen werden, daß ihnen vom Bundeskartellamt eine Geldbuße auferlegt würde, obwohl sie mit gutem Willen die Interessen der Öffentlichkeit verfolgen wollten. Hier ist jedoch ganz klar wieder zwischen der zivilrechtlich bedeutsamen Frage des Kartellverbotes und dem erst darauf folgenden Problem der Ordnungswidrigkeit zu unterscheiden. Hinsichtlich letzterem ist aber daran zu denken ,daß wahrscheinlich Rechtswidrigkeit oder auch Schuldhaftigkeit gegenüber dieser Ordnungswidrigkeitsvorschrift nicht vorlägen oder daß zumindest der Opportunitätsgrundsatz angewendet werden könnte.[532] Diese Überlegungen hinsichtlich der Interessen der an den Abkommen Beteiligten trägt also nichts zur Konkretisierung bei, führt aber wenigstens zu der Klarstellung, daß solche rein freiwilligen Vereinbarungen auch wirklich nur Allgemeininteressen dienen dürfen, um überhaupt die Frage der Unangemessenheit des Kartellverbotes insoweit bejahen zu können.[533]

---

532. Rebmann-Roth-Herrmann, aaO, § 47 OWiG, Rdnr. 1 f.

533. vgl. Horstmann, aaO, S. 113

Deshalb kann also nur auf den Schutz öffentlicher Interessen, hier also der außerökonomischen Rechtsgüter, abgestellt werden. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre aber weiter erforderlich, daß eine konkrete Grenzziehung zum Wettbewerbsprinzip gelingt, aus der auch ersichtlich wird, ob überhaupt ein solcher Spielraum besteht und wie groß er gegebenenfalls ist. Dabei kann nach den Überlegungen von Horstmann entscheidend sein, wem die Macht zu dieser Grenzziehung zusteht.(534) Die beteiligten Unternehmen bewegen sich dabei in diesem etwas unklaren Raum und entscheiden praktisch zunächst selbst über die Zulässigkeit ihres Tuns.(535) Daraus ergibt sich das Problem der richtigen Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privatwirtschaft. Zugrunde zu legen ist die bei uns herrschende Wirtschaftsordnung der sozialen Marktwirtschaft, nach der unser gesamtes Wirtschaftsleben abläuft. Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist der Zweck des GWB nicht nur juristischer sondern auch ökonomischer Art, etwa der Natur, daß Rahmenbedingungen des Wirtschaftsablaufs geschaffen werden.(536) Die Wirtschaft selbst soll die planvolle Deckung des Güterbedarfes erreichen. Die

---

534. Horstmann, aaO, S. 114
535. vgl. Sandrock, aaO, S. 114
536. Hoppmann, Festschrift 10 Jahre GWB, aaO, S. 66 ff.

Entscheidung über Erzeugung und Verbrauch liegt dabei in Händen der privaten Wirtschaftssubjekte, geregelt über Angebot und Nachfrage.[537] Ein funktionierendes Preissystem regelt dabei den Markt und koordiniert auch die Pläne der einzelnen Marktteilnehmer. Dieser Wirtschaftsablauf wird durch das Eigeninteresse der jeweiligen Wirtschaftssubjekte aufrecht erhalten, und nach den Grundsätzen von Adam Smith steuert die unsichtbare Hand des Marktes über den Wettbewerb die Einzelinteressen so, daß Allgemeininteressen nicht verletzt werden.[538] Die Essenz daraus ist richtigerweise die, daß die Marktteilnehmer ihre eigenen Interessen verfolgen können, während der Staat durch Schaffung der entsprechenden Normen die übergeordneten Allgemeininteressen wahren muß.

Vom klassischen wirtschaftlichen Liberalismus über die eigentliche liberale Marktwirtschaft entwickelte sich die Konzeption der sozialen Marktwirtschaft, auf der das Wirtschaftsleben in der Bundesrepublik basiert.[539] Die hoheitliche Einflußnahme auf den Wirtschaftsprozeß wird dabei gekennzeichnet durch das Nebeneinanderstehen von Wirtschafts- und Gesellschafts-

---

537. Böhm, ORDO, Bd. 22, S. 11 ff.
538. vgl. Horstmann, aaO, S. 116
539. Müller-Armack, ORDO, Bd. 1, S. 125 ff.

politik. Aus diesem Zusammenspiel heraus ergibt sich die Notwendigkeit, gewisse Bereiche außerhalb der Marktwirtschaft im öffentlichen Interesse besonders zu regeln. Die soziale Marktwirtschaft ist also mit dadurch geprägt, daß durch hoheitliche Beeinflussung die private Interessenverfolgung der Marktteilnehmer immer dann beschränkt wird, wenn die durch den Staat selbst und seine Organe festgestellten Interessen der Allgemeinheit dies erfordern.(540) Dies geschieht dann im Rahmen der Grundrechtsordnung auf autoritärem Wege durch Gesetze oder Verordnungen. Damit sind aber die grundsätzlichen Grenzen aufgezeigt, daß nämlich die privaten Marktteilnehmer ihre Interessen und der Staat die öffentlichen Interessen wahrnehmen. Soweit dieses Grundprinzip durchbrochen wird, ist zumeist eine Beeinflussung des staatlichen Handelns beabsichtigt, so daß indirekt über diese Meinungsbildung eben doch ein Handeln des Staates erreicht werden soll.

Bei den von privater Seite herbeigeführten, freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen ist dies aber gerade nicht der Fall. Sie wollen zwar vielleicht eine gewisse Meinungsbildung erreichen, aber jedenfalls kein ausgesprochenes hoheitliches Handeln

---

540. vgl. Eucken, aaO, S. 325 ff.

bewirken, da ihre Vereinbarung dieses gerade ersetzen soll. Diese Abkommen gehen also dahin, gemeinsam auf den Einsatz sogenannter "gemeinschädlicher Aktionsparameter" im Wettbewerb zu verzichten um das gesteckte Ziel zu erreichen,[541] was etwa, wie im Doppelsteckerfall dazu führen kann, daß bestimmte Produkte ganz vom Markt verschwinden und Außenseiter erheblich beeinträchtigt werden.[542] Auch wenn das in Frage stehende Rechtsgut besonders hochwertiger Natur ist, lassen die eventuellen Auswirkungen doch Zweifel an der Tauglichkeit solcher Vereinbarungen aufkommen, bei denen in an sich staatliche Regelungsbereiche von privater Seite eingegriffen wird. Bereits Lutz hat erkannt, daß das Eigentümliche jedes Kartellabkommens darin liegt, daß faktische und nicht unmittelbar rechtliche Macht durch Private gebildet und ausgeübt wird.[543] Die Bedenken gehen zum einen in die Richtung, daß Private kaum objektiv feststellen können, was im Interesse der Allgemeinheit liegt, und diese Entscheidung wohl stets notgedrungen auch dadurch beeinflußt sein wird, daß widerstreitende eigene und öffentliche Interessen in Einklang gebracht werden müssen, wobei zumindest immer der Ver-

---

541. Horstmann, aaO, S. 118
542. vgl. WuW/E, BKartA 1960, 145 f.
543. Lutz, aaO, S. 235 f.

dacht auf der Hand liegen würde, daß die Allgemeininteressen nur vorgeschoben würden, um einen tatsächlichen Wettbewerbsdruck zu verringern. Andererseits ist zu beachten, daß die Entscheidungen über solche außerökonomische Rechtsgüter betreffende Fragen vom Staat, oder besser gesagt den Parlamenten, heimlich auf private Unternehmer übergehen würden, die dann Marktrichtlinien selbst bestimmen könnten.(544) Auf diesem Weg der Ausschaltung und Umgehung möglicher Gesetze und Verordnungen wird die staatlich anerkannte Zuständigkeitsverteilung besonders beeinträchtigt, was später nochmals bedeutsam werden wird.(545)

Aber auch ordnungspolitische Überlegungen hinsichtlich unserer Marktwirtschaft ergeben, daß solche freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen nicht systemkonform sind. Zuvor ist festgestellt worden, daß die durchaus berechtigten Eigeninteressen die eigentliche Energie dieses Wirtschaftsablaufes sind.(546) Durch diesen freiwilligen oder auch durch die Marktmacht von Mitkonkurrenten vielleicht faktisch erzwungenen Verzicht persönlicher Interessenverfolgung der Unternehmen verliert der Markt einen Teil seiner Antriebsmomente.

---

544. Horstmann, aaO, S. 119
545. vgl. Lutz, aaO, S. 229
546. Eucken, aaO, S. 357 f.

Besonders Franz Böhm hat sich dieser Frage eingehend gewidmet und sehr kritisch dazu Stellung genommen.[547] Den Unternehmen ist danach zur Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten ein großer privatrechtlicher Freiheits- und Betätigungsspielraum eingeräumt. Dies darf aber nicht dazu führen, daß Marktbeteiligte durch eigenmächtiges Handeln vollendete Tatsachen schaffen und so im Laufe der Zeit kraft Gewohnheitsrecht zu einer legitimen Tätigkeit gelangen, die eigentlich einen Eingriff in die Zuständigkeit des Staates und unbefugter Weise auch in den Ablauf der Marktwirtschaft darstellt. Böhm verneint im übrigen überhaupt die Möglichkeit, außerhalb der rechtsstaatlichen Herrschaftsbefugnisse privaten Marktteilnehmern ohne politische Verantwortung solche Aufgaben zu übertragen oder solches Vorgehen zuzulassen, da immer die marktpolitische Ordnung gefährdet und in Mitleidenschaft gezogen würde. Danach ist dies nicht mehr eine Art von Selbstverwaltung, sondern als mit unserer Verfassung unvereinbare Eingriffnahme in die soziale Marktwirtschaft zu sehen.[548]

Da mit der Zulassung von solchen freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen zum

---

547. Böhm, ORDO, Bd. 26, S. 6 f.
548. vgl. Böhm, ORDO, Bd. 17, S. 75 ff.

Schutze von Interessen der Allgemeinheit die Aufgabenverteilung in unserer Marktwirtschaftsordnung alles in allem mißachtet wird, ist den Ergebnissen von Horstmann und Friedrich beizupflichten, daß deshalb eine Freistellung vom Kartellverbot des § 1 I GWB ordnungspolitisch und entsprechend der Normsetzungsbefugnis nicht gutgeheißen werden kann.(549) Aus diesen Gesichtspunkten heraus kann die gewöhnliche Gesetzesanwendung nicht als unpassend oder unangemessen bezeichnet werden. Eine Legalisierungsmöglichkeit für die freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen im Wege einer rechtsfortbildenden Restriktion durch Güterabwägung muß aus Gründen der Rechtssicherheit, nunmehr auch aus Zuständigkeitsüberlegungen, verneint werden; soweit sonstige Ausnahmemöglichkeiten gegeben sein könnten, etwa aus der Konkurrenz einer anderen wettbewerbsrechtlichen Norm heraus oder aber auch eines anderen speziellen Gesetzes, bleibt diese davon unberührt.(550) Diese Voraussetzungen sind aber generell nicht gegeben.

4.5.2.2. Mittelbare staatliche Anregung

Als nächstes soll die Gruppe der Selbstbeschränkungsabkommen untersucht werden,

---

549. Horstmann, aaO, S. 121 und
Friedrich, aaO, S. 119 ff.

550. Böhm, ORDO, Bd. 17, S. 46 ff. und
vgl. Friedrich, aaO, S. 109 ff.

die mittelbar staatlich angeregt sind. Entsprechend der vorangegangenen Systematisierung der Konstellationen sind darunter vor allem im Regelfall die Vereinbarungen zu verstehen, die durch halboffizielle Institutionen angeregt oder überwacht werden. Atypischerweise kommen dazu auch noch die Vereinbarungen, die vor dem nur mittelbar drohenden Hintergrund staatlicher Maßnahmen oder unter dem Druck der öffentlichen Meinung, etwa durch Massenmedien, Gemeinschaften, private Verbände oder nichtstaatliche Institutionen, geschehen.

Auf diese atypischen Ausprägungen soll zunächst eingegangen werden. Sie unterscheiden sich in erheblichem Maße in Ausgestaltung und Intention von den freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen, mitunter ist die Grenze allerdings auch fließend. Für die rechtliche Beurteilung ergeben sich hier aber keine neuen Anhaltspunkte. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Zuständigkeitsüberlegungen, da die initiierenden Beteiligten privater Natur sind. Soweit Massenmedien daran beteiligt sind, kann auch hier auf den zuvor gezogenen Schluß zurückgegriffen werden, daß man sich in diesen Fällen eben nicht der Autorität staatlichen Handelns bedient, weil der Staat oder eines seiner Organe in keiner Weise direkt am Zustandekommen dieser Vereinbarungen beteiligt ist. Selbst

wenn die Massenmedien auf die Beeinflussung staatlichen Handelns abzielen, sind hier letztlich nur Marktbeteiligte und private Organisationen als Dritte mit dabei, auch wenn diese den Ruf haben oder sich den Anstrich des quasi Öffentlichen geben. Da nie ein direktes staatliches Tätigwerden gegeben ist, sind keinerlei Gesichtspunkte für eine andere rechtliche Beurteilung denkbar. Also gilt entsprechend dem vorher gesagten auch für diese Teilgruppe, daß das Kartellverbot des § 1 I GWB nicht als unangemessen angesehen werden kann.(551)

Für die Selbstbeschränkungsabkommen echter mittelbarer staatlicher Anregung, also die eingangs schon definierte typische Form dieser sogenannten halboffiziell angeregten Wettbewerbsbeschränkungen, ist aber ein etwas anderer rechtlicher Maßstab anzuwenden. Auch hier ist zunächst einmal daran festzuhalten, daß die rechtsfortbildende Restriktion im Wege der Güterabwägung am Rechtssicherheitsgebot gescheitert ist. Bei der Suche nach dafür erforderlichen weiteren Kriterien ist deshalb nun nicht mehr bloß auf die beteiligten Unternehmen abzustellen, sondern es kann auch auf die daran beteiligten Institutionen zurückgegriffen werden. Zugunsten

---

551. vgl. Horstmann, aaO, S. 141

dieser könnte eine solche Aufgabenübertragung durch Gesetz oder Verordnung erfolgt sein. Solch ein Gesetz kann privaten Institutionen ganz konkret und detailliert nach Art und Umfang Aufgaben übertragen, es kann aber auch nur ganz allgemein eine solche Institution ermächtigen und lediglich unter Bestimmung der Zweckrichtung dieser Aufgabendelegation eine Ermächtigung zur genauen Regelung durch Verordnung aussprechen. Ein treffendes Beispiel hierfür ist das Energiewirtschaftsgesetz.(552) In dessen Präambel heißt es hinsichtlich des Zweckes, daß dieses Gesetz beschlossen wurde, um "im Interesse des Gemeinwohls die Energiearten wirtschaftlich einzusetzen, den notwendigen öffentlichen Einfluß in allen Angelegenheiten der Energieversorgung zu sichern, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbes zu verhindern, einen zweckmäßigen Ausgleich durch Verbundwirtschaft zu fördern und durch all dies die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten". Im Doppelsteckerfall kann man nun bezüglich der Berechtigung des VDE zu seinem Verhalten auf § 13 II EnergG zurückgreifen, worin der Reichswirtschaftsminister ermächtigt ist, Vorschriften und Anordnungen über die technische Beschaffen-

552. vgl. RGBl. I, 1935, S. 1451

heit, die Betriebssicherheit, die Installation von Energieanlagen und von Energieverbrauchsgeräten sowie über deren Überwachung zu erlassen. Dies ist durch die 2. DVO geschehen,[553] die in § 1 die Anweisung enthält, "elektrische Energieanlagen und Verbrauchsgeräte ordnungsgemäß, das heißt nach den anerkannten Regeln der Elektrotechnik, einzurichten und zu unterhalten"; nach deren § 2 gelten als solche Regeln die Bestimmungen des VDE.

Bereits beim Aufzeigen der verschiedenen Wege einer rechtsfortbildenden Restriktion ist darauf hingewiesen worden, daß der Zweck einer anderen Norm die Einschränkung gebieten könne, ohne daß diese Norm selbst erfüllt ist, denn sonst läge Gesetzeskonkurrenz vor.[554] Damit sind die nachfolgenden Überlegungen sowohl erheblich für die Möglichkeit einer Restriktion wegen des Zweckes einer anderen Norm als auch für die Zuständigkeitsfeststellung im Rahmen der Restriktion infolge Güterabwägung hinsichtlich der Gewinnung zusätzlicher Kriterien für eine ausreichende Rechtssicherheit. Diese Überlegungen hat das Bundeskartellamt in seiner Doppelstekkerentscheidung nur ganz vage angesprochen.[555] Deshalb soll hierauf nun noch

---

553. vgl. RGBl. I, 1942, S. 918
554. Rieger, aaO, S. 45 ff.
555. vgl. WuW/E, BKartA 1960, S. 145 ff.

etwas näher eingegangen werden. Die festgelegten Sicherheitsstandards entstammen der DVO, wegen deren Untergeordnetheit gegenüber einem Gesetz im formellen Sinne übrigens eine gewöhnliche Gesetzeskonkurrenz scheitert. § 13 II EnergG enthält nun selber nicht die geforderten konkreten Angaben. Entsprechend der Präambel kann sein Zweck auch nur darin gesehen werden, Mindestanforderungen zu bestimmen, wobei alle relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Infolge der allgemeinen Ermächtigung kann auch aus rein sachlichen Überlegungen die Wahrnehmung dieser delegierten Aufgaben durch besondere Stellen erfolgen, was der VDE durch die erfolgte Konkretisierung darstellt.

Im folgenden soll nun diese aufgezeigte Möglichkeit für die Legalisierung mittelbar staatlich angeregter Selbstbeschränkungsabkommen generell untersucht werden. Wie bereits erwähnt, geschieht dies vom Ansatz aus zur Feststellung zusätzlicher Kriterien für eine Rechtsfortbildung im Wege der Güterabwägung, umfaßt aber zugleich und damit nunmehr sogar vorrangig die Prüfung einer Rechtsfortbildung wegen Gesetzeszweckü̈berschneidung, da bezüglich des ersteren bereits eine gewisse Richtung aufgezeigt worden ist. Die Voraussetzungen für eine Restriktion des § 1 GWB wegen des Zweckes einer anderen Norm sind einerseits die Normzweckü̈berschneidung und

andererseits der Vorrang des mit § 1 GWB konkurrierenden Gesetzes.[556] Eine Normzwecküberschneidung liegt regelmäßig dann vor, wenn ein Sachverhalt den Tatbestand der einzuschränkenden Norm und lediglich den Zweck der einschränkenden Norm erfüllt. Die Schwierigkeit besteht dabei darin, daß bei nahezu allen Selbstbeschränkungsabkommen, und gerade bei diesen halboffiziell angeregten, die Zwecke der in Frage kommenden einschränkenden Gesetze nur ganz allgemein formuliert sind, so daß sie vor ihrer Überprüfbarkeit konkretisiert werden müssen.[557] Das gilt auch schon für das Energiewirtschaftsgesetz; die Sicherheit im Umgang mit Energiegeräten ist nur grundsätzlich und in einem bestimmten Umfang geschützt. Diese Bestimmung des Gesetzeszweckes müssen die damit betrauten Institutionen, wie hier der VDE unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten Gesichtspunkte vornehmen. Horstmann hat nun hieraus den treffenden Schluß gezogen, daß genau daran die weiteren Rechtmäßigkeitsüberlegungen anzustellen sind.[558]

Die Übertragung dieser Aufgaben auf die private Institution muß zunächst einmal

---

556. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 392 ff.
557. Horstmann, aaO, S. 126
558. Horstmann, aaO, S. 126 ff.

rechtmäßig sein. Dies ist unproblematisch, wenn diese Institution im ermächtigenden Gesetz genannt ist und die Einzelheiten der Übertragung und Durchführung genau geregelt und eingehalten sind. Soweit dies aber nicht der Fall ist, kann von dem Grundsatz, daß hoheitliche Aufgaben durch Organe der staatlichen Verwaltung durchgeführt werden müssen, nur insofern abgegangen werden, als Private lediglich zur Ergänzung in Anspruch genommen werden. Dabei ist ein Mindesteinfluß des Staates auf die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben durch private Institutionen unerläßlich, was sich etwa in deren personeller Besetzung unter Heranziehung von Behördenvertretern, im Informations- und Veröffentlichungssystem sowie in gewissen Rückkopplungsverfahren zeigt. Weiterhin muß die Anregung oder Beteiligung an dem Selbstbeschränkungsabkommen im Rahmen der der privaten Institution übertragenen Aufgabenwahrnehmung liegen und tatsächlich so ausgeführt werden, da eine nicht so weitgehende Bindung an den Gesetzeszweck zu Eigenmächtigkeiten und Ermessensüberschreitungen führen könnte. Dasselbe ist auch in der darauffolgenden Handlungsstufe geboten, daß nämlich die Selbstbeschränkung nicht über die Anregung hinausgeht, da sonst die Gefahr bestünde, den Wettbewerb umfassender auszuschalten, als dies der Gesetzgeber über die Konkretisierung des Gesetzeszweckes

durch die vermittelnde Institution erlauben wollte. Unter Vorliegen all dieser Voraussetzungen kann eine Normzwecküberschneidung, wie etwa im Doppelstecker-fall des VDE, angenommen werden.

Daran muß sich nun die Frage anschließen, ob auch ein Vorrang des mit § 1 GWB konkurrierenden Gesetzes besteht.(559) Ob es eine feste Wertordnungshierarchie für Gesetzeszwecke gibt, kann vergleichbar und weitgehend sogar identisch zu dem vorweg ausführlich erörterten Problem beantwortet werden, ob für Rechtsgüter ein Gesetzesordnungsschema besteht. Das Ergebnis ist bei gleicher Argumentation identisch; sowohl für Rechtsgüter als auch für die entsprechenden Gesetzeszwecke gibt es keinen feststehenden Entscheidungsmaßstab, sondern sie erfordern stets aufs neue eine konkrete Beurteilung.(560) Jedoch auch hier sind Kriterien für die Ermittlung des Rangverhältnisses im Einzelfall nötig. Bei der Vielzahl der möglichen Gesetzeszwecke sind solche allgemeinen Ansätze schwierig aufzustellen. Sicherlich ist auch hier auf die Grundsätze der Verfassung einzugehen, was allerdings bei äquivalenten Gesetzeszwecken nur sehr be-

---

559. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 392 ff.
560. Zippelius, Wesen des Rechts, aaO, S. 106 ff.

dingt zu Ergebnissen führen kann. Schon viel eher ist darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber erkennbar wechselseitige Beeinflussungen mehrerer Gesetze gesehen hat und in welchem Umfang er Überschneidungen regeln wollte. Dies ist gerade im vorliegenden Beispielsfall zwischen dem Zweck des GWB und dem des EnergG durch Einfügen der Präambel geschehen. Danach ist das Gesetz auch geschaffen worden, um "volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbes zu verhindern". Diese Formulierung kann nicht anders verstanden werden, als daß in solch einem Fall der Sicherheit eindeutig Vorrang vor der Wettbewerbsfreiheit eingeräumt worden ist.

Dieses Ergebnis der Möglichkeit einer Gesetzeszwecküberschneidung und des Vorrangs des mit § 1 GWB konkurrierenden Gesetzes, verbunden mit der Zuständigkeitsregelung zugunsten besonderer privater Institutionen, widerspricht auch nicht ordnungspolitischen Überlegungen. Zwar wurde bei den zuvor diskutierten echt freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch private Personen oder Institutionen als mit der marktwirtschaftlichen Ordnung unvereinbar angesehen, doch besteht zu der nunmehrigen Konstellation der mittelbar staatlich angeregten Selbstbeschränkungsabkommen als Regeltyp ein wesentlicher

Unterschied.[561] Hier liegt eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung vor, so daß die Delegation hoheitlicher Aufgaben den Rechtmäßigkeitserfordernissen genügt. Durch diese Möglichkeit mittelbarer staatlicher Einflußnahme ist die fehlende staatliche Kontrolle wenigstens soweit ersetzt, daß eine als ausreichend erachtete Gewähr dafür besteht, daß die Wahrnehmung öffentlicher Interessen wirklich durchgeführt wird und die Belange der Allgemeinheit wahrgenommen werden. Im übrigen ist im äußersten Fall auch daran zu denken, daß ein Widerruf der gesetzlichen Aufgabenzuweisung ordnungspolitisch bedenkliche Übergriffe der privaten Institutionen in nicht ausdrücklich zugewiesene Aufgabenbereiche verhindern könnte.[562]

Hier wird nochmals der Unterschied zur vorigen Gruppe deutlich, wo private Personen oder Unternehmen mangels staatlicher Einbindung in keiner Weise zu einem den hoheitlichen Überlegungen entsprechenden Verhalten angewiesen werden können und bei einem eventuellen Anrufen der Gerichte auf deren Entscheidung einschließlich der Interpretation des Sachverhaltes keine Einflußmöglichkeit besteht. Aus den vor-

---

561. Horstmann, aaO, S. 129
562. Horstmann, aaO, S. 130

genannten Kriterien zeigt sich also, daß der Staat durchaus die Interessen der Allgemeinheit dadurch wahrnehmen kann, daß er aufgrund bestehender Ermächtigungen hoheitlich gebundene Privatinstitutionen dazu einsetzt, öffentliche Interessen wahrzunehmen und dadurch gleichzeitig eine gewisse Konformität wirtschaftlicher Überlegungen in diesem Bereich entsprechend seiner Zielvorstellung erreicht.

Aufgrund dieser Erörterung zeigt sich, daß ein Verbot dieser zweiten Gruppe von Selbstbeschränkungsabkommen, nämlich der mit mittelbarer staatlicher Anregung, allerdings nur in ihrer typischen Erscheinungsform, unpassend und unangemessen wäre. Die Rechtsfortbildung ist hier also zum Ziel gelangt und hat gleichzeitig genügend Anhaltspunkte erbracht, die eine Vorhersehbarkeit der Entscheidung im Sinne der Rechtssicherheit gewährleisten. Für diese rechtsfortbildende Restriktion ist der Weg der Gesetzeszweckübersschneidung eingeschlagen worden, was aber nebenbei auch für die voraus erörterte Güterabwägung zusätzliche Kriterien bezüglich der Zuständigkeitsverteilung erbracht hat, womit auch hier die Rechtssicherheit verbessert werden könnte.

4.5.2.3. Direkte staatliche Einflußnahme

Nunmehr soll noch die dritte Gruppe der Selbstbeschränkungsabkommen untersucht werden, nämlich die direkter staatlicher Einflußnahme. Für diesen speziellen Bereich soll ausdrücklich nicht von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen gesprochen werden, da dies sowohl diese als auch weitgehend die vorangegangene Gruppe umfaßt. Hier sind also nun die Vereinbarungen zu erörtern, die durch das Vorgehen von Mitgliedern der Bundesregierung oder Landesregierungen in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse ursächlich mit veranlaßt wurden und Wettbewerbsbeschränkungen bewirkten. Auch sonstige Organe des Staates greifen diesbezüglich direkt in die Entscheidung der Unternehmen mit ein, ohne den Umweg über entsprechend ermächtigte private Institutionen zu gehen.(563) Typisch ist also, daß neben das staatlich veranlaßte Gesetz, das in § 1 GWB das Kartellverbot anordnet, eine weitere staatliche Maßnahme tritt, die gerade das zum Kartellverbot führende Verhalten direkt anregt und mitträgt. Zwischen diesen beiden Maßnahmen besteht ein Widerspruch, so daß sich die Frage aufdrängt, ob der Staat überhaupt noch diese zweite nachfolgende Maßnahme

---

563. Herzog, aaO, S. 100 ff.

der Bildung solcher Selbstbeschränkungsabkommen ergreifen darf.

Die Ausgangsfrage ist also die, ob der Staat solche Beschränkungen des Wettbewerbes überhaupt anregen darf, wenn das GWB dieses untersagt und damit eigentlich die Organe des Staates bindet. Die Beispielsfälle, etwa bei der Zigarettenwerbung, zeigen deutlich, daß durch diese staatlich veranlaßten Selbstbeschränkungsabkommen ein eigentlich bestehender Wettbewerb eingeschränkt wurde.(564) Es sollten also jeweils marktbedingte Entwicklungen im Wirtschaftsablauf im Interesse der Allgemeinheit korrigiert werden durch die Hervorrufung solcher Selbstbeschränkungsabkommen.(565) Damit erscheint es durchaus legitim, dies als ein Mittel der Wirtschaftslenkung zu bezeichnen, zumal dies staatlicherseits eingebettet ist in eine ganze Reihe von Maßnahmen, die auf ein bestimmtes, erstrebenswertes Ziel ausgerichtet sind. Wenn dazu dann noch flankierende Maßnahmen zur Vervollkommnung und Absicherung dieser Eingriffe durchgeführt werden, kann durchaus schon von Wirtschaftsplanung geredet werden.(566)

---

564. Hübner, aaO, S. 9 f.
565. Günther, in Kaiser, aaO, Bd. II, S. 257 ff.
566. Ibsen, in Kaiser, aaO, Bd. II, S. 63 ff.

Diese Aussagen sind auch gar nicht widersprüchlich, da zwischen Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsplanung kein qualitativer Unterschied besteht und sich letztere nur durch ihren Umfang infolge Zusammenfassung mehrerer Maßnahmen und den Grad der Vervollkommnung auszeichnet.[567]

Es stellt sich also das Problem ob hoheitlich betriebene Selbstbeschränkungsabkommen ein zulässiges Mittel der Wirtschaftslenkung oder -planung sind. Normalerweise geschieht dies durch Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsakte, hier aber durch Verträge oder vielleicht auch nur Abreden in Form von Zusagen oder Absichtserklärungen unter den Beteiligten.[568] Trotzdem wird dies grundsätzlich als erlaubt angesehen; dies gilt vor allem dann, wenn die Beseitigung von Mißständen nur auf diesem Wege schnell erreicht werden kann und diese Rechtzeitigkeit ausgesprochene Voraussetzung für die Erfolgserzielung ist.[569] Gerade die Rechtzeitigkeit ist ein wesentliches Erfordernis der Zulässigkeit dieser Handlungsform.[570]

---

567. Markert, in Kaiser, aaO, Bd. IV, S. 191 ff.
568. Ibsen, in Kaiser, aaO, Bd. II, S. 100 ff.
569. vgl. Forsthoff, in Kaiser, aaO, Bd. III, S. 21 ff.
570. Kaiser, NJW 1971, S. 588

Die Bindung an die Verfassung bleibt aber natürlich insoweit bestehen, als die Kompetenzverteilung der Art. 74 ff. GG auch hier Gültigkeit hat. Der Staat darf also nur auf dieses ungewöhnliche Lenkungsmittel zurückgreifen, wenn er bei normalem Verfahrensablauf auch gesetzgebungskompetent betreffs dieser regelungsbedürftigen Sachlage gewesen wäre. Dies bedeutet damit, daß etwa Länderorganen die Möglichkeit, wirtschaftslenkend in das Marktgeschehen einzugreifen, weitgehendst genommen ist. Für die Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Organen von Bund oder Ländern gelten ebenso die gewöhnlichen Geschäftsordnungen und die allgemeinen Vorschriften für hoheitliches Handeln.

Nachdem nun feststeht, daß dieses hoheitliche Vorgehen über Selbstbeschränkungsabkommen grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ist noch auf die ordnungspolitischen Bedenken hierzu einzugehen. Ausgangspunkt ist das GWB, das generell den freien Wettbewerb schützt. Hiermit, aber auch grundsätzlich mit der Ordnung einer Wettbewerbswirtschaft, sind nur solche Maßnahmen vereinbar, die die Wettbewerbsfunktionen nicht oder nicht mehr als erforderlich beeinträchtigen.(571)

---

571. Markert, in Kaiser, aaO, Bd. IV, S. 198

Deshalb sind Verstöße dagegen, insbesondere auch, wenn das Interesse der Allgemeinheit nicht genügend bejaht werden kann, dem Kartellverbot unterworfen und nach § 1 GWB rechtswidrig. Das stellt allerdings auch hier eine unsichere graue Zone dar, in der die rechtlichen Wertungen der hoheitlichen Wirtschaftslenkungsmaßnahmen, bezogen auf die Relation zwischen schutzwerten Interessen der Allgemeinheit und dem Wettbewerbsverzicht, notgedrungen differierend sind. Problemlos ist dies für die Maßnahmen, die für alle Wettbewerber gleichmäßige Bedingungen ihres Wirtschaftens setzen oder verändern und damit das Verhältnis der Wettbewerber untereinander gleich belassen; die "Selbststeuerung des Marktes", etwa über den Preis, bleibt unbenommen.(572) In der Literatur werden diese marktordnungskonformen Maßnahmen zur Beeinflussung dieses für alle Beteiligten gleichen "Datenkranzes" als "indirekte Marktablaufsbeeinflussung" oder als Eingriff in " makroökonomische Prozesse" bezeichnet.(573)

Die vorbezeichneten Maßnahmen sind also ordnungspolitisch unbedenklich; dies gilt aber nicht für unmittelbare Eingriffe in

---

572. vgl. Horstmann, aaO, S. 137
573. Müller, in Kaiser, aaO, Bd. I, S. 307 f.

Entscheidungen von Unternehmen. Diese Handeln dann nämlich nicht mehr entsprechend dem wettbewerblich organisierten Wirtschaftsablauf, sondern unabhängig hiervon unmittelbar gemäß der staatlichen Direktiven.[574] Dies führt letztlich dazu, daß sich der Markt nicht mehr selbst steuert, sondern in immer stärkerem Maße von außen dirigiert wird.[575] Das wird etwa deutlich bei dem Selbstbeschränkungsabkommen der Heizölindustrie als aufgrund der künstlich hervorgerufenen Wettbewerbsbeschränkung der Ölpreis nicht mehr ein funktionierendes Wettbewerbsparameter darstellte; die Folge davon waren dann nicht nur staatliche Eingriffe in den direkt betroffenen Markt, sondern auch in den angrenzenden Markt der Steinkohle als äquivalentes Substitutionsprodukt.[576] Dieses Beispiel zeigt aber auch, daß ausnahmsweise Gründe vorliegen können, die Selbststeuerungsmechanismen des Marktes im öffentlichen Interesse auszuschalten und den Wirtschaftsablauf nach bestimmten vorrangigen Gesichtspunkten zu steuern. Deshalb besteht allgemein die Ansicht, daß in solch besonderen Situationen marktord-

---

574. Deringer, in Kaiser, aaO, Bd. I, S. 337
575. Vgl. Günther, in Kaiser, aaO, Bd. II, S. 257 ff.
576. vgl. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113 ff.

nungskonforme Wirtschaftslenkungsmaßnahmen ausnahmsweise dann zulässig, aber auch geboten sind, wenn Gemeinwohlgründe die direkte Einflußnahme auf Wirtschaftsprozesse erforderlich machen.[577] Neben dem zuvor erwähnten Erfordernis, daß die Rechtzeitigkeit gerade diesen Weg gebietet, muß dies außerdem das geringst mögliche Mittel zur Erreichung des gesetzlichen Zieles darstellen. Außerdem muß die Mittel-Zweck-Relation zwischen der Schwere des Eingriffs hinsichtlich der Ausschaltung der Selbststeuerung des Marktes und dem angestrebten Ziel im Sinne zuvor genannter Rechtsgüter eingehalten sein. Nur unter den oben angeführten Bedingungen sind solche staatlich mitgetragenen Selbstbeschränkungsabkommen als ergänzende Wirtschaftslenkungsmaßnahme rechtmäßig und mit dem Ordnungsfaktor Wettbewerb vereinbar.[578]

Aufgrund dieser Überlegungen hat der Staat also grundsätzlich die Möglichkeit, zu dem Mittel der Selbstbeschränkungsabkommen zu greifen. Wenn dem aber so ist, so ist das Kartellverbot dieser Selbstbeschränkungsabkommen der dritten Gruppe als unangemessen zu beurteilen. Der Staat als nunmehr

---

577. Müller, in Kaiser, aaO, Bd. I, S. 317 f.
578. Günther, in Kaiser, aaO, Bd. II, S. 270

durch das GWB letztlich Verbietender hat diese Maßnahmen selbst veranlaßt und durch sein Verhalten bei den Beteiligten Vertrauen auf die Richtigkeit entsprechenden Handelns geschaffen. Eine Bestrafung würde dieses Vertrauen sowieso unbillig verletzen; jedoch auch unter Anwendung des Opportunitätsprinzips auf der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Seite verbleibt auf der zivilrechtlichen Seite bei der Nichtigkeitsfolge eine unangemessene Vertrauensverletzung. Richtig ist allerdings, daß das Vertrauensschutzprinzip diesbezüglich nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, es finden sich aber immer wieder Anklänge daran, sowohl in grundrechtsmäßiger Hinsicht als auch nach allgemein anerkannten Grundsätzen des öffentlichen Rechts.(579) Vor allem im Verwaltungsrecht und den entsprechenden gesetzlichen Ausprägungen hat dieses Vertrauensschutzprinzip rundum Anerkennung gefunden und ist auch vom Bundesgerichtshof übernommen worden.(580) Lediglich über dessen Grenzen ist man sich noch nicht völlig einig, so daß hierfür die zuvor aufgezeigten Kriterien Bedeutung erlangen können.(581)

---

579. Schmidt, JuS 1973, S. 529 ff. und Ossenbühl, DÖV 1972, S. 25 ff.
580. vgl. BGH, NJW 1964, S. 769, und BGH, NJW 1968, S. 293
581. vgl. Forsthoff, aaO, Bd. I, S. 261 ff.

Daraus ergibt sich nun eindeutig, daß seitens des Staates durch Anregung, Mithilfe, Durchführungsbeteiligung und ähnlichem ein Vertrauen auf die Richtigkeit und Rechtmäßigkeit dieser direkt staatlich beeinflußten Selbstbeschränkungsabkommen in den Betroffenen hervorgerufen wurde. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß beim Zustandekommen dieser Vereinbarungen der Staat durch bestimmte Organe in Erscheinung getreten ist, während bei einem nunmehrigen Verbot die Institution des Bundeskartellamtes eingreift. Für die Beteiligten handeln sie nicht unabhängig voneinander sondern treten als Einheit auf, zumal sie auch rechtlich über die Weisungsbefugnisse der §§ 48 ff. GWB eng aneinander gekettet sind. Für die Bejahung des Vertrauensschutzes reicht es aber aus, daß aus der Sicht des Dritten die Maßnahmen der einen Institution der anderen zugerechnet werden können.(582) Die Beachtung dieser Rechtsprinzipien führt für diese dritte Gruppe der Selbstbeschränkungsabkommen zu dem Ergebnis, daß die gewöhnliche Gesetzesanwendung des § 1 I GWB, also der Ausspruch des Kartellverbots, hier im Sinne der Rechtsfortbildung unangemessen und unpassend wäre. Diese rechtsfortbildende Restriktion beruht dabei sowohl auf den

---

582. vgl. Ossenbühl, DÖV 1972, S. 25 f.

Zwecküberlegungen des GWB als auch daneben auf dem Güterabwägungsprinzip, wozu genauere Kriterien aufgezeigt wurden, so daß auch insoweit, wie bereits zuvor, eine Ausnahmelücke zu bejahen ist.

4.5.3. Rechtssicherheitserfüllung im Sinne des Endergebnisses

Die vorangegangenen Überlegungen haben nunmehr erbracht, daß die Selbstbeschränkungsabkommen der dritten und auch weitgehend der zweiten Gruppe, also diejenigen, die direkter staatlicher Einflußnahme unterliegen,und diejenigen, die mittelbar staatlich durch sogenannte offiziöse Institutionen angeregt worden sind, im Zuge einer rechtsfortbildenden Restriktion des § 1 I GWB vom Kartellverbot auszunehmen sind. Dies betrifft natürlich entsprechend den Überlegungen zu § 8 I GWB nur die Selbstbeschränkungsabkommen des außerökonomischen Bereichs.

An dieser Stelle ist nun nochmals das bereits früher erwähnte Problem der Rechtssicherheit entsprechend dem Gebot der Art. 20, 28 GG aufzuwerfen. Gerade bei diesen beiden oben genannten Gruppen von Selbstbeschränkungsabkommen sind vorausgehend eine Reihe von Kriterien entwickelt worden, die für deren Legalisierungsmöglichkeit unbedingterforderlich sind. Es

ist also nun noch zu prüfen, ob dieser Neuansatz genügend Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für alle Beteiligten in sich birgt. Bedenken bestehen dabei bei den Selbstbeschränkungsabkommen mit mittelbarer staatlicher Anregung hinsichtlich der Voraussetzung, daß sie von einer Institution veranlaßt worden sind, die durch Gesetz oder gesetzmäßige Ordnung mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut worden ist, und bei den Selbstbeschränkungsabkommen mit direkter staatlicher Einflußnahme betreffs der Voraussetzung, daß der Staat diese Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall auch tatsächlich anregen durfte. Danach könnten die Beteiligten die Zulässigkeit ihres Selbstbeschränkungsabkommens nur dann mit ausreichender Sicherheit vorhersehen, wenn sie rechtssicher beurteilen könnten, ob die Initiierung durch die privaten, aber hoheitlich befugten Institutionen rechtmäßig war.(583) Mit dieser Prüfung sind vor allem die privaten Unternehmen in der Regel überfordert, da dies besondere Rechtskenntnisse nicht nur auf dem Gebiet des Privat- und Wettbewerbsrechts, sondern auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und auch für spezielle sondergesetzliche Zusammenhänge verlangt. Dieses Bedenken reicht aber nicht aus, um diesen gesamten

---

583. Horstmann, aaO, S. 143

Versuch einer Legalisierungsmöglichkeit wieder zum Scheitern zu bringen. Zuvor wurde bereits für die Beurteilung der staatlichen Einflußnahme das Vertrauensschutzprinzip herangezogen;[584] dieses muß auch hier für die Frage der Rechtssicherheit Gültigkeit haben. Deshalb ist nicht immer die Rechtmäßigkeit dieser zuvor angesprochenen Initiierung notwendig, vielmehr reicht es aus, daß die einzelne Wettbewerbsbeschränkung im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der staatlichen oder halbstaatlichen Maßnahmen hin vereinbart wurde.[585] Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit verlangt nämlich auch zusätzlich, daß ein rechtswidriges Verhalten offizieller oder halboffizieller Institutionen, etwa in Form von Kompetenzüberschreitungen, rechtlich nicht zu Lasten der Betroffenen korrigiert werden darf.[586] Dies leitet sich daraus ab, daß der Staat durch seine Mitwirkung eine Art Bestandsgarantie für das veranlaßte Verhalten und damit die legale Aufrechterhaltung dieser Vereinbarung übernehmen muß. Für das Eingreifen dieses Vertrauensschutzgedankens ist aber nötig, daß die Beteiligten als durchschnittliche und vernünftige Marktteilnehmer von der Rechtmäßigkeit dieser Initiierung aus-

---

584. vgl. Schmidt, JuS 1973, S. 529 ff.
585. Ossenbühl, DÖV 1972, S. 26
586. Horstmann, aaO, S. 144

gehen mußten und im Vertrauen darauf diese Selbstbeschränkungsabkommen auch tatsächlich abgeschlossen haben. Es scheiden also all die Konstellationen aus, in denen die staatliche Initiierung offensichtlich rechtswidrig war oder einem unbefangenen Dritten so erscheinen mußte; dies gilt etwa vor allem dann, wenn die Unternehmen mit einer staatlichen Institution kollusiv und damit ganz bewußt zu einer Wettbewerbsbeschränkung zusammenwirkten. Faßt man all diese Überlegungen zusammen, so bietet dieser Weg der Legalisierungsmöglichkeit solcher Selbstbeschränkungsabkommen genügend Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit.

Abschließend sollen deshalb nun nochmals die relevanten Kriterien für die Bejahung dieser rechtsfortbildenden Restriktion bei direkt staatlich beeinflussten und bei mittelbar staatlich, durch hoheitlich befugte Institutionen angeregte Selbstbeschränkungsabkommen zusammenfassend dargestellt werden. Dies ist in dieser Richtung erstmals durch Horstmann geschehen und die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, daß dessen Ergebnisse durchaus richtungsweisend sein können.[587] Hier sollen aber ergänzend und korrigierend noch einige vorher bereits ange-

---

587. Horstmann, aaO, S. 142

sprochene Zusätze und Abrundungen vorgenommen und diese Grundsätze genau fixiert werden. Die rechtsfortbildende Restriktion des § 1 I GWB hinsichtlich staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen aus dem außerökonomischen Bereich ist danach nur unter Beachtung der nachfolgenden Kriterien möglich.

I. aa. Die Wettbewerbsbeschränkung muß zum einen von einer Institution veranlaßt werden, die durch Gesetz oder gesetzmäßige Verordnung rechtswirksam mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut worden ist und gerade hier auch im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenwahrnehmung handelt,

ab. und die Wettbewerbsbeschränkung muß sich hinsichtlich Dauer, Umfang und Ausmaß streng im Rahmen dieser Anregung halten;

ba. oder aber muß diese Wettbewerbsbeschränkung vom Staat oder einem seiner Organe rechtswirksam und zulässig entsprechend dem gesetzlich vorgegebenen Rahmen der Wirtschaftslenkung oder Wirtschaftsplanung angeregt werden,

bb. und die Beteiligten dieser Vereinbarung dürfen den Wettbewerb untereinander nicht weiter einschränken, als es im Rahmen dieser Anregung liegt.

ca. oder aber die Wettbewerbsbeschränkung muß im tatsächlichen schutzwürdigen Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Initiierung beider vorgenannter Alternativen erfolgen,

cb. und unter Einhaltung der sonstigen genannten Voraussetzungen geschehen;

II. aa. weiter verlangt die Wettbewerbsbeschränkung für alle vorgenannten Alternativen die Bejahung der Höherrangigkeit des damit verfolgten und mit § 1 GWB kollidierenden Rechtsgutes oder Normzweckes aufgrund gesetzlicher Offensichtlichkeit oder allgemeiner verfassungsmäßiger, rechtsstaatlicher und rechts-, wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Würdigung im konkreten Einzelfall,

ab. und die Wettbewerbsbeschränkung muß insgesamt unbedingt nötig sein,

> kann insbesondere nur das einzige Mittel auf diesem Wege sein, um das verfolgte Ziel rechtzeitig zu erreichen, darf die Wettbewerbsfunktion im Sinne des geringstmöglichen Eingriffs nicht mehr als erforderlich beeinträchtigen und muß im Rahmen der Zielgerichtetheit unter Zugrundelegung der tatsächlichen Verhältnisse weitgehend marktkonform sein.

Die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen, entsprechend der Prämisse allerdings nur aus dem außerökonomischen Bereich, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind also im Rahmen einer rechtsfortbildenden Restriktion vom Kartellverbot des § 1 I GWB auszunehmen. Diese Ausnahmemöglichkeit ist damit hinreichend genau, rechtssicher und detailliert aufgezeigt.

4.6. Verfahren und Folgen

Vorausgehend ist festgestellt worden, daß die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen generell unter § 1 I S. 1 GWB fallen. Diese Grundsatznorm kann verschiedene Rechtsfolgen auslösen. Nach den

Worten des Gesetzes sind solche Verträge und Beschlüsse unwirksam. Diese Unwirksamkeit umfaßt nur die Fälle, in denen noch eine zivilrechtliche Wirksamkeit verlangt werden kann.[588] Grundsätzlich entspricht diese Unwirksamkeit nach § 1 GWB der Nichtigkeit nach § 134 BGB, da die von den Vertragspartnern gewollten Wirkungen nicht eintreten. Im Gegensatz zu den nichtigen Rechtsgeschäften des § 134 BGB kann jedoch ein nach § 1 GWB unwirksamer Kartellvertrag noch volle Wirksamkeit erlangen, sobald er von der Anwendung des Kartellverbots nach den §§ 2 ff. GWB freigestellt ist. Solange noch eine solche Ausnahmemöglichkeit besteht, sind sie schwebend unwirksam. Die entsprechende Erlaubnis hat also ex nunc Wirkung.[589] Während der Schwebezeit sind die Beteiligten nur insoweit gebunden, als mit dem späteren Wirksamkeitseintritt die vorgesehenen Verpflichtungen in vollem Umfang aufleben. Dabei bestehen auch gewisse Nebenverpflichtungen entsprechend § 242 BGB zur Bewirkung des Freistellungsverfahrens.[590] Wird ganz bewußt gegen das Verbot des § 1 GWB verstoßen und auch nicht um eine Genehmigung nachgesucht, so tritt die so-

---

588. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 1 GWB, Rdnr. 49
589. vgl. Münzel, NJW 1959, S. 1657 ff.
590. BGH/Z 3, S. 173 ff.

fortige Nichtigkeit ein.[591] Mitunter wurde auch die Ansicht vertreten, daß diese sofortige Nichtigkeit auch für die Kartellvereinbarungen gelten müsse, die nur über § 8 GWB rechtswirksam werden können.[592] Dafür bestehen aber im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte und auch die Überlegungen hinsichtlich des Erlaubnistypus geben hierzu nichts her.[593] Diese zivilrechtlichen Folgen bestehen aber nur zwischen den Kartellmitgliedern; Folgeverträge mit direkt unbeteiligten Dritten sind davon nicht berührt.[594] Die schwebende Unwirksamkeit endet also entweder mit dem Eintritt der Wirksamkeit durch die nicht rückwirkende Freistellung von § 1 GWB oder aber ansonsten mit dem Eintritt der endgültigen Nichtigkeit.

Für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen aus dem ökonomischen Bereich ist aufgezeigt worden, daß in seltenen Ausnahmefällen einer der §§ 2-7 GWB eingreifen könnte, grundsätzlich aber der Weg über § 8 I GWB zu beschreiten ist. Hierfür ist gemäß § 9 I GWB unter Verweisung im weiteren und vor allem nach

---

591. Frankf.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 57
592. Seydel, NJW 1957, S. 1301
593. vgl. Müller-Griess-Giessler,aaO, § 1 GWB, Rdnr. 119
594. vgl. NJW 1963, S. 2126

§ 9 II GWB eine Anwendung bei der Kartellbehörde nötig. Falls einer der Ausnahmetatbestände der §§ 2 - 7 GWB eingreift, liegt je nach Typ ein andersartiges Verfahren vor. Bei § 5 I GWB etwa handelt es sich um ein reines Anmeldekartell, das bereits mit der Anmeldung und entsprechenden Eingruppierung wirksam wird. Ein Bagatellkartell nach § 5 b GWB gehört gemäß § 5 b II GWB in Verbindung mit § 5 a III GWB zu den Widerspruchskartellen, die wirksam werden, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang nicht widerspricht. Dabei darf die Kartellbehörde einen Widerspruch nur erheben, wenn die Voraussetzungen für das angemeldete Kartell fehlen oder wenn zu erwarten ist, daß hiervon schädliche Auswirkungen für die Allgemeinheit ausgehen.[595] Rationalisierungskartelle nach § 5 II GWB gehören zu der Kartellgruppe mit Erlaubnisvorbehalt. Bei der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf die Erlaubnis. Letzteres gilt nicht bei den Importkartellen nach § 7 GWB, die ebenfalls zur Gruppe der Kartelle mit Erlaubnisvorbehalt gehören, wobei aber hier kein Anspruch auf die Erlaubnis besteht, weil nach dieser Kann-Vorschrift die Kartellbehörde auch bei Erfüllung aller gesetzlichen Vor-

---

595. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 858

aussetzungen nur berechtigt, nicht aber verpflichtet zu dieser Erlaubnis ist; ihr ist dabei ein beträchtlicher Ermessens- und Handlungsspielraum eingeräumt.[596] Dasselbe gilt auch für die generelle Möglichkeit eines Ministerkartells nach § 8 GWB, das ebenfalls zu den Kartellen mit Erlaubnisvorbehalt ohne Anspruch gehört. Das Erlaubnisverfahren richtet sich dabei nach § 11 GWB und die Besonderheit besteht ausschließlich darin, daß die Zuständigkeit hier beim Bundesminister für Wirtschaft nach § 8 I GWB in Verbindung mit § 44 I, II GWB liegt.[597]

Fraglich ist, wie das Verfahren nun bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen im außerökonomischen Bereich abläuft. Auch hier gilt die zuvor aufgestellte Prämisse hinsichtlich § 1 I S. 1 GWB. Die einzig mögliche Legalisierungsmöglichkeit hierzu besteht im Rahmen einer rechtsfortbildenden Restriktion. Fast man dies nun als außergesetzliche leges speciales auf, so ist an ein Verfahren entsprechend der §§ 2 - 8 GWB zu denken. Hierzu ist natürlich gesetzlich nichts ausgesagt, so daß zunächst einmal daran gedacht werden kann, die am

---

596. Hoffmann-Becking, NJW 1971, S. 2209
597. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 9

wenigsten einschneidende Form der reinen Anmeldekartelle anzuwenden. Dafür bestehen aber keinerlei Anhaltspunkte und Verbindungen, die eine Gleichstellung rechtfertigen würden. Zieht man aber die von den Sachverhalten naheliegende Schlußfolgerung, sich an § 8 I GWB anzulehnen, so müßte entsprechend einem Kartell mit Erlaubnisvorbehalt ohne Anspruch vorgegangen werden. Auch zu den übrigen Kartelltypen dieser Gruppe besteht keinerlei Beziehung und gerade beim einzig möglichen Parallelfall des Ministerkartells liegt die Zuständigkeit beim Bundeswirtschaftsminister. Eine solche analoge verfahrensregelung nun auch hier anzuwenden, geht eindeutig zu weit, da das Gesetz in § 8 I GWB für diese Fälle eben nicht die Zuständigkeit des Bundeswirtschaftsministers vorsieht, sie in der Richtung überhaupt nicht behandelt, und im übrigen innerhalb der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes dieser Verfahrensgang gesetzlich in keiner Weise, auch nicht unter Heranziehung gebotener Analogien, gerechtfertigt werden kann. Damit bleibt nur der Weg, diese rechtsfortbildende Restriktion zugunsten außerökonomisch gelagerter, staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen direkt im § 1 I S. 1 GWB, etwa als eine Art Tatbestandskorrektiv, eingreifen zu lassen, was auch wohl methodisch

richtig ist.[598] Im übrigen entspricht dies auch den zuvor gemachten Ausführungen zum Institut einer rechtsfortbildenden Restriktion, wonach bei diesbezüglicher Bejahung der Tatbestand des § 1 I S. GWB als nicht erfüllt anzusehen ist aufgrund der Einschränkung dessen Anwendungsbereichs.[599] Dies bedeutet also, nochmals zur Verdeutlichung, daß nicht erst auf der Stufe der Ausnahmenormen sondern auf der vorgelagerten Stufe, ob überhaupt das grundsätzliche Kartellverbot des § 1 I S. 1 GWB eingreift, diese Frage gelöst wird. Indem also schon gar nicht mehr der Tatbestand des § 1 I S. 1 GWB als erfüllt angesehen wird, stellt sich auch nicht mehr die Frage eines besonderen Verfahrens. Die Unternehmen müssen demnach ihre Abkommen weder anmelden noch um Erlaubnis nachsuchen, so daß letztlich das Kartellamt von sich aus nachforschen und überprüfen müßte, ob § 1 I GWB tatsächlich nicht gegeben ist.

Dabei ist anzumerken, daß die Ausschaltung der sonstigen Verfahrensvorschriften auf diesem Wege den Meinungen nahekommt, daß eigentlich die Öffentlichkeit oder staatliche Stellen diese Selbstbeschränkungsabkommen wollen und trotzdem die beteiligten

---

598. vgl. Larenz, Methodenlehre, aaO, S. 377 ff.

599. Larenz, NJW 1965, S. 1 ff.

Unternehmen zu einem Legalisierungsverfahren zwingen würden, das vieles in die Öffentlichkeit tragen würde und außerdem den Beteiligten noch Kosten verursachen könnte. Daß dieses Argument allerdings nicht stichhaltig ist, ist bereits dahingehend dargelegt worden, daß auch die Unternehmen letztlich darin einen Vorteil sehen und deren Vorverhalten mit berücksichtigt werden muß.(600) Bezüglich der Rechtssicherheit ist aber dazu anzumerken, daß diese trotz der nicht verlangten Einhaltung der sonstigen Ausnahmeverfahrensvorschriften gegeben ist, weil eben gerade auch als Ersatz dafür die rechtmäßige staatliche Initiierung in irgend einer Form wie besprochen nötig ist.(601)

Letztlich ist damit eine verfahrensmäßig völlig unterschiedliche Behandlung von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen je nach dem festzustellen, ob sie dem ökonomischen oder außerökonomischen Bereich entstammen. Zum einen ist der Bundeswirtschaftsminister zuständig und es muß ein besonderes Erlaubnisverfahren eingehalten werden; zum anderen hat das Bundeskartellamt allein von sich aus, jeglichen Ausnahmeverfahren vorgelagert, nur die Möglichkeit nachzuprüfen, ob tat-

---

600. Markert-Strauch, aaO, S. 67
601. vgl. Horstmann, aaO, S. 142 ff.

sächlich das GWB nicht eingreifen muß und § 1 I S. 1 GWB nicht erfüllt ist. Zu dieser Divergenz ist allerdings zu sagen, daß nach den §§ 48, 49 GWB das Bundeskartellamt selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministers für Wirtschaft ist. Die Kartellbehörden als Teil staatlicher Verwaltung sind grundsätzlich den Weisungen ihres Ministers unterworfen. Diese Weisungsbefugnis ist für das Bundeskartellamt allerdings in der Weise gelockert, daß in § 49 GWB bestimmt ist, daß allgemeine Weisungen für den Erlaß oder die Unterlassung von Verfügungen erteilt werden können.(602) Dadurch können Richtlinien für die Auslegung des GWB aufgestellt werden, die allerdings nur dann Bindungswirkung haben, wenn sie sich im Rahmen der Gesetz halten. Das Gesetz sieht aber keine speziellen Weisungen des Ministers in Einzelfällen vor, denn hier soll das Kollegium selbständig entscheiden. Wenn dies doch geschieht, wie etwa im Falle des Selbstbeschränkungsabkommens der Heizölindustrie, so ist dies rechtsstaatlich sehr bedenklich.(603) Dies gilt besonders für die hier angesprochenen staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen, da wenn man im außerökonomischen Bereich schon

---

602. vgl. BKartA, Tb 1970, S. 4

603. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 1101

diesen Verfahrensweg einschlagen muß, man auch die Konsequenz daraus ziehen muß, und neben der Initiierungsbefugnis staatlicher Stellen auch dem Bundeskartellamt das letztlich davon unabhängige Prüfungsrecht einzuräumen hat. Sonst würde dies eine klare Durchbrechung des Kompetenz- und Verfahrensprinzips bedeuten. Auf diese Fragen wird aber nachfolgend in etwas anderer Zielrichtung nochmals einzugehen sein.

Nicht relevant für diese verfahrensrechtlichen Überlegungen ist der weitere Instanzenzug in Kartellsachen, etwa im Beschwerdeverfahren oder auch bei der Rechtsbeschwerde. Hierauf soll ebensowenig eingegangen werden wie auf weitere mit dem Bußgeld zusammenhängende Fragen. Auch das sicherlich höchst interessante Problem der Publizität der Kartellbehörden ist hier ohne Belang, selbst was die Frage der völligen Offenlegung schwebender Verfahren betrifft.(604) Die Frage, inwieweit ein Anspruch auf Handeln der Kartellbehörden besteht, ist bereits mehrfach angesprochen worden. Das dabei festgestellte Handlungsermessen ist im pflichtgemäßen Rahmen nach herrschender Rechtsprechung mit dem Grundgesetz wegen seines

---

604. vgl. Scholz, NJW 1973, S. 481 ff.

Charakters als repressives Verbot vereinbar.[605] Soweit allerdings dann eine Kartellbehörde zum Handeln, etwa zur Zulassung eines Kartells, verpflichtet wäre, kann der Betroffene beim Oberlandesgericht nach § 62 III GWB Beschwerde einlegen mit dem Ziel, daß die Behörde zur Erteilung der Genehmigung verurteilt wird, was insgesamt als Analogie zur Verpflichtungsklage des allgemeinen Verwaltungsrechts nach § 42 I VwGO angesehen werden kann.[606] Das allgemeine Beschwerderecht steht dabei jedem zu, der am Verfahren beteiligt ist, während die Untätigkeitsbeschwerde verlangt, daß der Beschwerdeführer, also regelmäßig der Anmeldende, ein subjektives Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörde hat.[607]

Soweit nach dem verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren noch ein gerichtliches Verfahren anhängig wird, ist auch dieser Themenkreis für das hier angesprochene Problem nicht sonderlich relevant. Näher erläutert werden soll noch die beim Verfahrensablauf des § 8 GWB kurz gestreifte Frage, inwieweit dabei eine getroffene Ermessensentscheidung nachgeprüft werden kann. In der Theorie wird dabei zwischen

---

605. BVerfG/E, 9, S. 338 ff.
606. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 1111 f.
607. vgl. WuW/E OLG, 1964, 677 ff.

Tatbestandsermessen und Handlungsermessen unterschieden. Zum Tatbestandsermessen gehört danach etwa die Frage, ob im § 8 I GWB ein Kartell aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist. Dieses Tatbestandsermessen wird in der Literatur je nach Ansatz nicht oder nur sehr restriktive zugelassen, während über das grundsätzliche Handlungsermessen kaum Differenzen bestehen.(608) Nach bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist anerkannt, daß es einen gerichtlich nicht nachprüfbaren Beurteilungsspielraum geben kann, wenn eine konkrete Gesetzesbestimmung nicht eine logische Subsumtion sondern eine wertende Erkenntnis verlangt.(609) Dem folgend hat sich die Meinung durchgesetzt, daß dies auch für gesetzliche Tatbestandsmerkmale gilt, die einen wertenden wirtschaftspolitischen Einschlag haben und als wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln oder als unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum ein sogenanntes gebundenes Ermessen beinhalten.(610) Dies bedeutet, daß hinsichtlich der Nachprüfbarkeit die Unterschiede zwischen Tatbestands- und Handlungsermessen in der Praxis nicht übermäßig groß sind. Darüber

---

608. Rinck, aaO, Rdnr. 1116 ff.
609. BVerwG, NJW 1972, S.596 ff. und vgl. Bachof, JZ 1955, S. 97 ff.
610. vgl. Bullinger, NJW 1974, S. 771

hinaus ist herrschende Meinung, daß die Gerichte in Kartellsachen nicht nur die Rechtmäßigkeit sondern auch die Zweckmäßigkeit der Verfügung zu überprüfen haben.[611] Nach § 70 IV S. 1 GWB ist nämlich eine Verfügung aufzuheben, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat. Aus der Gesetzesentstehungsgeschichte ergibt sich dabei, daß hiermit eine grundsätzliche Erweiterung der Kontrolle der Gerichte über die Verwaltungsbehörden stattfinden sollte.[612] § 70 IV S. 2 GWB macht jedoch zugleich eine wesentliche Einschränkung dahin, daß die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung des Gerichts entzogen ist. Über die Bedeutung dieser Formulierung herrscht wenig Einigkeit. Dies ergibt sich daraus, daß nahezu jeder Eingriff in den Wirtschaftsablauf irgend einen gesamtwirtschaftlichen Aspekt hat.[613] In der Tendenz läßt sich aber sagen, daß, wie auch schon bei der Gesetzesentstehung beabsichtigt, die dem Bundeswirtschaftsminister vorbehaltenen Erlaubnisse und Entscheidungen, etwa nach § 8 I GWB und nach § 24 III GWB, weitgehend einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind.[614]

---

611. vgl. WuW/E OLG, 1966, 781 ff.
612. vgl. Benkendorff, WuW 1958, S. 740 ff.
613. vgl. von Köhler, DÖV 1960, S. 210 ff.
614. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 1120

Dies ist auch damit erklärbar, daß auf der gesamtwirtschaftlichen Ebene stets politische Bewertungen eine wesentliche Rolle spielen. Diese Ausnahme von der richterlichen Kontrolle ist aber nicht nur auf den Bundeswirtschaftsminister beschränkt, sondern betrifft in einem Einzelfall wie § 38 a III Nr. 1 GWB auch die Kartellbehörden, da ausnahmsweise hier von ihnen eine Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse verlangt wird. Gerade diese kurz angeschnittenen Probleme können durchaus für Selbstbeschränkungsabkommen einmal relevant werden. Im übrigen sollen jedoch diese Verfahrensfragen nicht weiter vertieft werden.

Neben dieser zivilrechtlichen Folge hinsichtlich des Verfahrensablaufes kann, wenn eben diese vorgenannten Ausnahmemöglichkeiten nicht eingreifen sollten, auch eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr. 1 GWB die Folge sein. Dabei ist aber das Gesetz nicht so weit gegangen, bereits die Kartellabrede mit einer Geldbuße zu bedrohen, vielmehr greift diese Sanktion erst dann ein, wenn mindestens ein Kartellpartner tätig wird, um den nichtigen Vertrag in irgend einer Form zur Geltung zu bringen.[615] Im übrigen richtet sich diese weitere Behandlung nach dem Ordnungs-

615. WuW/E BGH, 1959, 352

widrigkeitengesetz, wobei auch dessen Opportunitätsprinzip zu beachten ist.[616] Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen wendet sich auch nicht nur gegen Rechtsgeschäfte im Sinne des § 1 GWB, sondern auch gegen abgestimmte Verhalten und den Einsatz wirtschaftlicher Druckmittel nach § 25 GWB sowie gegen Empfehlungen nach § 38 I Nr. 11 GWB aus der Zielrichtung heraus, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Die Geldbußen dafür beruhen auf § 38 I Nr. 1, 8 und 11 GWB. Ordnungswidrig handelt danach insgesamt nur, wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit solcher verbotener Kartellvereinbarungen hinwegsetzt.[617]

Darüber hinaus kann daraus auch eine Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 35 I GWB resultieren. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die §§ 306 - 309 BGB hierauf keinerlei Einfluß haben, da sie schon gesetzestypisch hier keine Anwendung finden können.[618] Nach § 823 II BGB ist jeder schadensersatzpflichtig, der gegen ein, den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Dies postuliert auch § 35 I GWB,

---

616. Rebmann-Roth-Herrmann, aaO, § 47 OWiG, Rdnr. 1 f.
617. vgl. Rinck, aaO, Rdnr. 812 f.
618. vgl. Gem.Kom., aaO, § 1 GWB, Rdnr. 146

schafft allerdings noch Erweiterungen, indem auch die Verfügungen der Kartellbehörden als Schutznormen bezeichnet werden und gewährt außerdem Ersatz immateriellen Schadens, wenn nach § 35 I S. 2 GWB in Verbindung mit § 27 I GWB die Aufnahme eines Unternehmens von einem Berufsverband willkürlich abgelehnt wurde. Dabei bleibt aber immer noch die Frage offen, welche Vorschriften überhaupt Schutzgesetze sind. Nach allgemeiner Meinung hat eine Vorschrift Schutzcharakter, wenn sie "in Form eines bestimmten Gebots oder Verbots den Schutz eines bestimmten Personenkreises umfaßt und gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung eines im Gesetz festgelegten Rechtsguts oder Individualinteresses gerichtet ist." (619) Dies läßt sich aber nicht allgemein und generell sagen, sondern muß immer im Einzelfall erneut festgestellt werden. In der bisher einzig hierzu ergangenen, einschlägigen obersten Rechtsprechung hat der BGH im Jahre 1975 anläßlich des Falles der Krankenhauszusatzversicherungen entschieden, daß die §§ 1, 38 I Nr. 1 GWB den Schutz derjenigen Wettbewerber der Kartellpartner bezwecken, die infolge der Beschränkung des Wettbewerbes schon am Zutritt zu dem durch den

---

619. BGH/Z 64, S. 237 unter Verweisung auf NJW 1965, S. 2007 und Knöpfle, NJW 1967, S. 697 ff. usw.

Vertrag beeinflußten Markt behindert werden.[620] Damit können sogar außenstehende Dritte diese Normen als Schutzgesetz in Anspruch nehmen und einen Unterlassungsanspruch auf die Nichteinhaltung des Kartells haben. Diese Entscheidung ist gefällt worden, obwohl die Generalklausel des § 1 GWB kein Verbot oder Gebot, sondern nur einen Rechtsschutzverweigerungstatbestand für Kartellverträge enthält. Nach überwiegender Literaturmeinung schließt dies aber das Vorliegen eines Schutzgesetzes nicht aus, da auch anderweitige Normen Personen schützen können.[621] Da das GWB außerdem nicht nur festgestelltermaßen den Institutionsschutz sondern auch den Individualschutz bezweckt, sind aufgrund einer weiten Schutzbereichsabgrenzung hierunter nicht nur Kunden von Kartellbeteiligten sondern auch noch völlig außenstehende Dritte zu verstehen, denen Marktzutrittschancen erschwert werden.[622] Die Hinzuziehung des § 38 I Nr. 1 GWB neben § 1 GWB fügt im übrigen noch eine Verbotsnorm mit ein, so daß alles in allem diese richtungsweisende BGH-Entscheidung zutreffend erscheint. Darin wird auch noch betont, daß mangels eines außerkartellrechtlichen De-

---

620. BGH/Z 64, S. 232 identisch mit WuW/E BGH, 1975, 1361
621. Palandt, aaO, § 823 BGB, Anm. 9
622. vgl. BGH/Z 29, S. 344 f.

liktschutzes in diesem Interessenbereich und speziell im entschiedenen Fall auch "aus deliktsrechtlicher Sicht dieser Schutz derjenigen gesetzestreuen Wettbewerber geboten ist, auf deren Kosten die Abschnürung des Marktzutritts durch die Kartellbeteiligten vollzogen wird".[623] Danach läßt sich daraus sowohl ein vom Verschulden unabhängiger Unterlassungsanspruch gegen Wettbewerbsbeschränkungen herleiten als auch ein verschuldensbedingter Schadensersatzanspruch, wobei bezüglich letzterem ausdrücklich Schwierigkeiten in der Feststellung des Schadensausmaßes einkalkuliert werden müssen. Damit wird im übrigen zugleich auch gesagt, daß die Mißbrauchsnormen des GWB keine Schutzgesetze sind, da die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht nur eine kartellbehördliche Eingriffsbefugnis im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens darstellt und nicht zugleich auch Marktteilnehmern eine erweiterte Durchsetzung ihrer Interessen ermöglichen soll.[624]

Unter Einschluß gewisser Randprobleme sind damit auch die durch die materiellrechtliche Beurteilung staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen im ökonomischen und außerökonomischen Bereich bedingten Ver-

---

623. BGH/Z 64, S. 238

624. vgl. BGH/Z 64, S. 232 ff., entgegen Mestmäcker, AcP, Bd. 168, S. 235 ff.

fahrensfragen aufgeworfen und beurteilt sowie die bei einem möglichen endgültigen Eingreifen des Kartellverbotes auftretenden Folgen diskutiert worden. Diese gesamte rechtliche Lösung basiert auf der augenblicklichen gesetzlichen Regelung und schöpft deren Möglichkeiten voll aus.

5. Abschließende Stellungnahme

Diese abschließende Stellungnahme soll nun von dem jetzigen Gesetzesstand und den sich daraus bietenden Möglichkeiten für staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen ausgehen. Dabei soll der Einfluß und die notwendige Berücksichtigung von Gesichtspunkten aus dem öffentlichen Recht aufgezeigt werden.[625] Dies alles führt dann zu dem Vorschlag einer Gesetzesvariation unter Einhaltung der bestehenden gesetzlichen Normsetzungsbefugnisse, mit der das hier aufgeworfene Problem einer einheitlichen, sachgerechten Lösung zugeführt werden könnte. Aus all dem heraus wird dann eine grundsätzliche Wertabschätzung dieser staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen möglich sein.

5.1. Bezugspunkte zum öffentlichen Recht

Aus der vorangegangenen Erörterung ist deutlich geworden, daß es durchaus genügend Bezugspunkte, aber auch Spannungs-

---

625. vgl. Oldiges, WiR 1/1973, S. 17 ff.

[illegible] zwischen privatem und öffentlichem Recht [illegible].[626] [illegible] die Bestimmungen über Nichtigkeit oder Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, auch [illegible], [illegible] Natur sind, während die Erlaubniserteilungen, Auflagen und insbesondere die Mißbrauchsaufsicht zum öffentlichen Recht zu zählen sind. Dazwischen gibt es aber auch noch eine ganze Reihe von Tatbeständen deren [illegible].[627] Das Wirtschaftsrecht wird gerne als das Recht der Wirtschaftslenkung bezeichnet, womit gemeint ist, daß dadurch primär die [illegible] zwischen dem wirtschaftslenkenden Staat und dem freien Unternehmer geregelt werden, und dies erst sekundär das Verhältnis zwischen Wirtschaftsunternehmen und Bürger betrifft.[628] Diese Rangordnung ist allerdings auf Teile des [illegible].

Deshalb ist auch im Kartellrecht eine [illegible] zu erblicken, was zwar materiellrechtlich nicht von besonderer Bedeutung ist, aber [illegible] sein kann.

---

626. Rinck, WiR 1/1972, S. 5 ff.
627. Vgl. Westmäcker, AcP, Bd. 168, S. 237
628. Rinck, WiR 1/1972, S. 6

Durch das Vordringen des Verwaltungsprivatrechts ist eine genaue Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht heute für die Freiheit und Rechtssicherheit des Bürgers nicht mehr so sehr ergiebig und bedeutsam.(629) Diese ausgesprochene Verzahnung zwischen öffentlichem und privatem Recht wird gerade bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen besonders deutlich. Durch behördliche Maßnahmen werden hier private Rechtsgeschäfte in Gang gesetzt, wobei man sich diesbezüglich des heute allgemein anerkannten Instituts des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes bedient und dabei sowohl auf die behördliche Genehmigung als auch auf die besondere Bestandskraft hinweist.(630) Diese rechtliche Würdigung, wonach kartellrechtliche Genehmigungen und Widerspruchsverfügungen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind, ist heute nahezu unbestritten. Festgehalten werden muß aber weiter, daß die Rechtsfolgen privatrechtlicher Natur sind.(631)

Nicht nur im Kartellrecht, auch im öffentlichrechtlichen Bereich sind deshalb heute Selbstbeschränkungsabkommen anerkannte und gebräuchliche Rechtsinstitute, was auch mit

---

629. Baur, JZ 1963, S. 41 ff.
630. Steiner, DVBl. 1970, S. 36
631. vgl. BVerwG/E, Bd. 29, S. 314 f.

darauf zurückzuführen ist, daß sie staatlicherseits zugleich ein Planungsinstrumentarium darstellen.[632] Damit läßt sich hierzu letztlich sagen, daß es sich bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen um grundsätzlich privatrechtliche Verträge handelt, die aber öffentlichrechtlichen Planungszwecken der Regierung und der Behörden dienen. Das wird bei den verschiedenen Beispielsfällen sehr deutlich, wo der Staat statt auf normative Gebote oder Verbote zurückzugreifen, sich dieses Instrumentariums bedient. Dabei hängt die Ausgestaltung oft weniger vom faktischen Zwang als von der allseitigen Bereitschaft zur Kooperation ab.[633] Hierdurch haben sich die zuvor beschriebenen besonderen Formen solcher mittelbarer Wirtschaftslenkung entwickelt.

Dadurch erlangen, wie bereits festgestellt, auch die Beteiligten an einem solchen Abkommen einen gewissen Status des Öffentlichen. Die Organe der Wirtschaft erhalten trotz des zuvor beschriebenen Verfahrens wirtschaftliche Ordnungskompetenzen in ihrem Ansatz delegiert.[634] Dies schafft und verlangt das erwähnte besondere Vertrauensverhältnis zwischen Staat und Unter-

---

632. vgl. Redeker, JZ 1968, S. 542
633. Coing, in Kaiser, aaO, Bd. V, S. 19 ff.
634. Toeche-Mittler, aaO, S. 65

nehmen, aber auch der Allgemeinheit, um die erstrebten Ziele ohne Schwierigkeiten rechtlich wirksam werden zu lassen. Staatlicherseits erstrebt wird ein rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Verhalten der Unternehmer, dem jedoch eine der Normsetzung ähnliche Regelungsfunktion zukommt. Treffend dürfte deshalb die Formulierung sein, daß den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen eine normsubstituierende Funktion zugeschrieben werden kann, da es sich hierbei nämlich um ein unmittelbar normersetzendes Paktieren zwischen Staat und Wirtschaft handelt.(635) Allerdings sind den gegenseitigen Verpflichtungen gewisse, bereits aufgezeigte Grenzen gesetzt, handelt es sich doch hier stets um eine mit unterschiedlichen Mitteln bewirkte Inpflichtnahme der Privatwirtschaft im öffentlichen Interesse und zum öffentlichen Zweck der Wirtschaftsgestaltung und Wirtschaftslenkung.(636) Dabei könnte der Zweck der Selbstbeschränkungsabkommen oft gar nicht von der Verwaltung selbst erreicht werden; diese können nämlich ihrem instrumentalen Charakter gemäß unterschiedlichst gehandhabt werden.(637) Aus diesen öffentlichrechtlichen Überlegungen

---

635. vgl. Wenger, VVDStRL, Bd. 29, S. 247 und Oldiges, WiR 1/1973, S. 10 f.
636. Ibsen, AöR, Bd. 90, S. 393 ff.
637. vgl. Ossenbühl, VVDStRL, Bd. 29, S.151 ff.

heraus ist verständlich, daß der Staat nicht nur wegen der besseren Effizienz sondern auch aus wettbewerblichen Gründen auf ein kollektives Verhalten auf der Unternehmerseite Wert legen muß. Deshalb ist es auch quasi eine conditio sine qua non, daß sich an diesen Selbstbeschränkungsabkommen möglichst alle, wenigstens aber die wesentlichsten Marktteilnehmer eines Wirtschaftszweiges beteiligen, was oft auch durch die Einschaltung einer sich daraus ergebenden übergeordneten Organisation bewirkt wird.(638) Dies alles zusammen zeigt die vielseitige Verzahnung und die mannigfachen Bezugspunkte zwischen privatem und öffentlichem Recht.

5.2. Verfassungsrechtliche, grundgesetzliche Überlegungen

Desweiteren ist auf die auch in der Literatur in den letzten Jahren häufiger angesprochene Grundrechtsproblematik einzugehen. Es besteht diesbezüglich weitgehend Einigkeit, daß die Grundrechte auch dann wirksam werden können, wenn staatliche Eingriffe nicht durch herkömmliche obrigkeit-

638. Oldiges, WiR 1/1973, S. 13 f.

liche Maßnahmen sondern durch eine mittelbar motivierende Einflußnahme vorgenommen werden.[639] Diese sogenannte Sensibilisierung der Grundrechte ermöglicht eine aufgrund der Zweckrichtung und Ausgestaltung naheliegende Vergleichbarkeit.[640] Staatliche Inspiration ist die eine Komponente dieser Betrachtung, die andere ist die der zwar möglicherweise erbetenen oder erkauften, vielleicht sogar massiv bewirkten, aber letztlich irgendwie doch noch freiwilligen Zustimmung auf Seiten der Wirtschaft. Der Unternehmer, der also die staatlichen Vorschläge akzeptiert, verzichtet damit allerdings auf einen Teil seiner ihm zustehenden Freiheit.[641] Entscheidend ist also, inwieweit diese beiden Gesichtspunkte mit den Grundrechten vereinbar sind. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß sich Grundrechte nicht verkaufen lassen,[642] dieses Prinzip ist aber mit dem modernen Staatsgefüge nicht vereinbar. Dies würde nämlich zu einem Verbot jeglichen kooperativen Handelns des Staates führen, da dies immer gleichbedeutend ist mit einem gewissen Grundrechtsverbrauch.[643] Selbstbeschränkungsabkommen müßten dann stets

---

639. Oldiges, WiR 1/1973, S. 23
640. Friauf, DVBl. 1971, S. 681 f.
641. Zacher, VVDStRL, Bd. 25, S. 343
642. Krüger, DVBl. 1955, S. 453
643. Zacher, VVDStRL, Bd. 25, S. 344

durch eine gesetzliche Regelung abgelöst werden und jede auch nur mittelbare Beeinträchtigung würde ein hierzu ermächtigendes Gesetz verlangen.(644) Oftmals ist dabei der Vergleich mit auflagebedachten Subventionen gemacht worden, bei denen es die Beteiligten auch selbst in der Hand haben, die möglichen Vorteile anzunehmen und dabei einen Teil ihrer persönlichen Freiheit preiszugeben.(645) Danach zeigt sich insgesamt, daß eine allumfassende Grundrechtsbindung bezüglich allen hoheitlichen Handelns zu einem äußerst extensiven, aus den Grundrechten abgeleiteten Gesetzesvorbehalt führen müßte.(646)

Für ein solch unpraktikables Vorgehen besteht aber kein Anlaß. Das Rechtsstaatsgebot verlangt nach herrschender Meinung die rechtliche Durchdringung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger nur insoweit, wie dabei Rechte und Pflichten entstehen sollen.(647) Deshalb braucht der Gesetzesvorbehalt auch nur gleichweit zu reichen, nicht aber noch Maßnahmen indirekter staatlicher Einflußnahme mit zu umfassen. Mittelbare Grundrechtsbeein-

---

644. Stein, AöR, Bd. 86, S. 321 f.
645. Ibsen, VVDStRL, Bd. 25, S. 267
646. Bleckmann, VwArch. 1972, S. 433
647. vgl. Rupp, DVBl. 1959, S. 85 und Friauf, DVBl. 1966, S. 735

trächtigungen des einzelnen Marktteilnehmers bedürfen deshalb auch nicht aus Rechtsstaatlichkeitsgründen einer gesetzlichen Ermächtigung; auch der einzelnen Grundrechtsnormen innewohnende Gesetzesvorbehalt geht nicht weiter. Dies bedeutet, daß entsprechend den hier gefolgten Ansichten Grundrechtsbindung und Gesetzesvorbehalt nicht deckungsgleich sind; letzterer betrifft nur direkte staatliche Eingriffe in die Grundrechtssphäre, nicht aber mittelbare faktische Beeinträchtigungen.(648) Die Grundrechtsbindung jedoch bleibt in vollem Umfang erhalten. Dies ist auch deshalb unbedingt erforderlich, weil solche Abkommen stets zu einer gewissen Grundrechtsschmälerung führen müssen und dem Grundsatz "volenti non fit iniuria" in dermaßen extensivem Verständnis nicht gefolgt werden kann,(649) da auch für Selbstbeschränkungsabkommen die Grundrechtsbindung im gleichen Umfang gelten muß wie für die Formen mittelbarer Wirtschaftslenkung.

Im Verwaltungsrecht ist es ansonsten anerkannt, daß eine solche Grundrechtsbeeinträchtigung, die nicht Ausfluß einer normativen Grundlage sondern nur einer Vereinbarung ist, dem Grundsatz nach auch den

---

648. Bleckmann, VwArch. 1972, S. 435 und Zacher, VVDStRL, Bd. 25, S. 343 f.
649. Evers, NJW 1961, S. 92 f.

Grenzen untersteht, die sonst bei gesetzlichen Regelungen bestünden.[650] Die in der Verfassung selbst schon angelegten sozialen Bindungen eines Grundrechts dürfen dabei nicht überschritten werden. Die Selbstbeschränkungsabkommen finden so vor allem in den allgemeinen rechtsstaatlichen Geboten der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen ihre Grenzen, wie auch bereits ausgeführt worden ist.[651] Hinzukommen muß weiter das Gebot der Sachbezogenheit, was bedeutet, daß sachfremde Motive nicht Grundlage einer solchen Entscheidung sein dürfen. Der Exekutive ist es also nicht gestattet, eine Selbstbeschränkung in einem Wirtschaftsbereich durch Zusicherung von Leistungen, die mit dem wirtschaftspolitischen Ziel der Selbstbeschränkung in keinem Zusammenhang und außerhalb ihres Ermessensspielraums stehen, herbeizuführen zu versuchen, da dies sonst einer willkürlichen und gleichheitswidrigen Zuteilung staatlichen Wohlverhaltens gleichkäme.[652] Auch sind die in den Grundrechten niedergelegten Gebote der Rechtsstaatlichkeit und der freien Wirtschaftsordnung zu beachten. Dagegen verstoßen die bisher aufgezeigten Möglichkeiten solcher

---

650. Bleckmann, VwArch. 1972, S. 434
651. Zacher, VVDStRL, Bd. 25, S. 344
652. Friauf, DVBl. 1966, S. 737 f.

legalisierungsfähiger staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen in keinem Fall.

Nachdem diese allgemeine Grundrechtsbindung hinreichend dargelegt wurde, soll nun noch kurz auf deren praktische Bedeutung eingegangen werden. Zunächst einmal ist festzuhalten, daß die Schranken, die den Selbstbeschränkungsabkommen durch die Grundrechte gesetzt werden, nur dann wirksam werden können, wenn sich die Grundrechtsträger gegenüber dem Staat auch auf ihre Rechte berufen. Bringt die gesamte Regelung den Betroffenen mehr Vorteile als Nachteile, so wird dies kaum einmal der Fall sein. Dies gilt vor allem auch dann, wenn der Staat als Gegenleistung für ein Kooperieren der Wirtschaft lediglich ein generell wirkendes Wohlverhalten anbietet. Wenn ein solcher Fall tatsächlich einmal praktisch werden sollte, ist an die Schranken der im Einzelfall von einer Selbstbeschränkung betroffenen Grundrechte zu denken. Es ist davon auszugehen, daß derselbe Gestaltungsraum zur Verfügung steht, wie es auch für den Gesetzgeber bei einer normativen Regelung der Fall wäre.[653] Dieser Gestaltungsraum ist vielleicht sogar dadurch erweitert, daß der Betroffene der Selbstbeschränkung selbst zugestimmt

---

653. vgl. Zacher, VVDStRL, Bd. 25, S. 344

hat, was bei der Abwägung des Schutzbereichs eines Grundrechts und des Ausmaßes des Gesetzesvorbehalts durchaus als einer der relevanten Umstände mit berücksichtigt werden kann.[654] Diese Fragen bedürfen aber in jedem Einzelfall einer erneuten abwägenden Beurteilung.

Nunmehr sollen nur noch einige mögliche Beispielsfälle angerissen werden. Diesbezüglich kann zunächst an die besonderen Freiheitsrechte gedacht werden. Gerade bei den Selbstbeschränkungsabkommen im Pressewesen und Publikationsbereich liegt eine Einschränkung des Rechts der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 GG, eventuell mitunter auch des geschützten Freiheitsraumes der Religionsausübung nach Art. 4 GG theoretisch nahe.[655] Die Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit schützt sowohl die Presse, überhaupt die Berichterstattung als Institution, aber auch generell die Freiheit der Berichterstattung selbst. Die Schranken zu diesem Grundrecht umfassen die gesetzlichen Bestimmungen etwa zum Schutze der Jugend, aber auch das Recht der persönlichen Ehre und insbesondere die allgemeinen Gesetze. Dies sind Vorschriften, die sich nicht speziell gegen die in Art. 5 I GG geschützten Freiheiten richten,

---

654. Bleckmann, VwArch. 1972, S. 434
655. Evers, NJW 1961, S. 290 ff.

sondern zum Schutze eines anderen Rechtsgutes erlassen sind.[656] Da bei den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen sowieso eine Güter- oder Gesetzeszweckabwägung stattzufinden hat, einerseits etwa zwischen dem Wettbewerb und andererseits sonstigen höherrangigen Interessen, finden diese zuvor gemachten Überlegungen hier ihre Entsprechung. Bezüglich Ausgangssituation und Schrankenbegriff ist dies mit vielen anderen möglicherweise tangierten Grundrechten vergleichbar. Wichtig ist nur noch, daß der Wesensgehalt des Grundrechtes nach Art. 19 II GG nicht angetastet wird.[657]

Näher eingegangen werden soll aber nun noch auf die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG. Absatz I enthält das Grundrecht der allgemeinen Vereinigungsfreiheit. Darin ist auch die Existenzgrundlage für die zahlreichen Interessensverbände in der Bundesrepublik eingeschlossen, die gerade sehr oft an Selbstbeschränkungsabkommen beteiligt sind.[658] Dabei ist zunächst sowohl die positive als auch die negative Vereinigungsfreiheit des einzelnen umfaßt,

---

656. vgl. BVerfG/E 28, S. 254 ff.
657. vgl. BVerfG/E 2, S. 226 und BVerfG/E 22, S. 219
658. vgl. Maunz-Dürig-Herzog, aaO, Art. 9 GG, Rdnr. 14

aber nach herrschender Meinung auch das kollektive Freiheitsrecht der Vereinigung selbst auf Existenz und funktionsgerechte Beteiligung.[659] Gerade das Problem der negativen Vereinigungsfreiheit wird im Zusammenhang mit staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen hin und wieder angesprochen.[660] Dies beruht darauf, daß mitunter die hiermit verbundenen, organisatorischen Aufgaben nicht mehr von den einzelnen Unternehmen selbst wahrgenommen werden können. Das führt dann dazu, daß, wie etwa im Falle der Heizölindustrie durch die Schaffung der "Arbeitsgemeinschaft Erdölgewinnung und -verarbeitung", ein Verband, eine Arbeitsgemeinschaft oder eine übergeordnete Organisation diese Funktion übernimmt.[661] Der Staat initiiert dabei also nicht nur ein Selbstbeschränkungsabkommen, sondern regt auch zur Bildung einer solchen Vereinigung an, der die beteiligten Unternehmen dann praktisch beitreten müssen. Zu beachten ist dabei aber, das sich diese Unternehmen letztlich selbst in diese Position hineinbegeben haben und mit der einen Verpflichtung gleichzeitig auch um die andere wußten. Im übrigen schützt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 9 I GG auch nicht vor dem in

---

659. BVerfG/E 4, S. 92 f.
660. Oldiges, WiR 1/1973, S. 17 f.
661. vgl. Biedenkopf, BB 1966, S. 1113 ff.

etwa vergleichbaren Fall der Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband.[662] Die Grenze liegt wohl auch hier gleich mit der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG, wonach zu dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach allgemeiner Auffassung auch die Wettbewerbsfreiheit gehört, was allerdings nur soweit gilt, als damit die Privatrechtsordnung erhalten bleibt, weshalb auch alle verfassungsrechtlichen Bedenken etwa gegen § 1 GWB nicht durchschlagend sein können.[663] Außerdem wäre bei einer solchen Überprüfung hinsichtlich der negativen Vereinigungsfreiheit jeder Einzelfall konkret aufs neue zu würdigen, denn mitunter fehlen nicht nur solche Dachverbände insgesamt, sondern sie sind auch ganz verschiedenartig ausgestaltet, und die Formen und Verbindlichkeitsgrade gemeinsamer Willensbildung sind mannigfaltig.

Im Rahmen des Art. 9 III GG ist auch schon das Problem angesprochen worden, daß etwa die Tarifpartner einmal bei ihren Abschlüssen auch Dinge vereinbaren könnten, die aus deren Funktion heraus als übergeordnete Dachverbände in Absprache mit staatlichen Stellen quasi zu staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen führen würden. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn

---

662. vgl. Leibholz-Rinck, aaO, Art. 9 GG, Rdnr. 2

663. Huber, DÖV 1956, S. 137 und Friedrich, aaO, S. 124 ff. und vgl. Maunz-Dürig-Herzog, aaO, Art. 2 GG, Rdnr. 50 ff.

auf die Preisgestaltung oder den Servicebereich einzelner Branchen Einfluß ausgeübt würde. Diese in den arbeitsrechtlichen Bereich hineinreichende Frage soll hier nicht vertieft werden, zumal auch bereits bei der Beispielsgestaltung eine entsprechende Abgrenzung stattgefunden hat. Anzumerken bleibt aber, daß die Überlegungen darauf abstellen müssen, ob die Koalitionsfreiheit der Tarifpartner auch soweit reicht, daß dadurch ansonsten verbotene oder besonders zu genehmigende Kartelle eo ipso zulässig wären. Zwar ist die kollektive Koalitionsfreiheit nur an die Verfassung gebunden und auch sonst gegen irgendwelche Staatsaufsicht oder repressive Maßnahmen geschützt, doch umfaßt diese Betätigungsfreiheit eben nur die spezifisch koalitionsgemäße Beteiligung.(664) Deshalb hat der Gesetzgeber auch auf dieser Stufe die weitestgehende Eingriffsbefugnis, die erst im Kernbereich der Koalitionsbetätigungsfreiheit ihre Grenzen findet.(665) In dieser Hinsicht wären also die denkbaren Einzelfälle genauestens zu untersuchen, was dann wohl zumeist zu dem Ergebnis führen würde, daß solche Nebenabreden nicht mehr zum Recht der Tarifverträge gehörten und insoweit dann in ihrem Bestand diesbe-

---

664. vgl. BVerfG/E 20, S. 312 ff. und Weber, DVBl. 1969, S. 417 f.

665. BVerfG/E 19, S. 303 ff.

züglich nicht mehr besonders grundrechtlich geschützt wären. Auf die Schrankenfunktion des Art. 9 II GG, in dessen Rahmen wohl vor allem die Frage relevant wäre, inwieweit das Kartellrecht unter den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung unter Berücksichtigung der an und für sich bestehenden wirtschaftspolitischen Neutralität fällt,[666] soll im übrigen wie auch auf die gesamte weitere Problematik nicht näher eingegangen werden, da dies generell nicht von Relevanz ist.

Der hier angesprochene Grundrechtsschutz ist aber nicht nur für die an einem Selbstbeschränkungsabkommen unmittelbar beteiligten Unternehmen bedeutsam, sondern ist auch für eventuell Drittbetroffene besonders interessant. Darunter sind all diejenigen zu verstehen, die an einer solchen Vereinbarung nicht unmittelbar beteiligt sind, aber dadurch einen gewissen Nachteil erleiden.[667] Dabei stellt sich die Frage, inwieweit sie sich auf Grundrechte berufen können, wobei wohl vor allem an die Art. 12 und 14 GG, also Berufsausübung und Eigentum, zu denken ist. Richtig ist, daß es bei diesen Drittbetroffenen an einer unmittel-

---

666. Schmidt-Bleibtreu-Klein, aaO, Art. 9 GG, Rdnr. 5 ff. und
vgl. BVerfG/E 4, S. 7 ff.

667. vgl. Möschel, BB 1972, S. 464

baren Beziehung zum Staat fehlt, da die Selbstbeschränkung der Beteiligten für sie lediglich einen Marktfaktor darstellt. Trotzdem ist nach wohl zutreffender Ansicht, der Staat, gerade auch wegen seiner mehr oder weniger aktiven Einflußnahme beim Zustandekommen dieser Vereinbarungen an die Wahrung der Grundrechte zu binden, denn die vollzogene Einwirkung über die Marktgesetzlichkeit ist eine typische Form mittelbarer Wirtschaftslenkung, bei der der Staat nicht von seiner Grundrechtsbindung losgelöst ist.(668) Nötig ist hierzu allerdings richtigerweise die funktionale Vergleichbarkeit mit Formen obrigkeitlicher Einflußnahme.(669) Das ist aber etwa nur dann der Fall, wenn der Staat die kooperierenden Unternehmen bewußt als Werkzeuge bezüglich der Drittbetroffenen einsetzt, um auf sie in dieser Weise "intentional lenkend" Einfluß zu nehmen.(670) Dem Staat stehen also auch bei einem solchen Umweg, der zudem in der Praxis durchaus nicht mit Sicherheit den gewünschten Erfolg zu bringen braucht, nie mehr Rechte zu, als wenn er eine direkte Regelung getroffen hätte. Diese sicherlich nicht allzu häufigen Fälle, daß der Staat über von ihm veranlaßte Selbstbeschränkungsabkommen bewußt auf Nichtbe-

---

668. Oldiges, WiR 1/1973, S. 29
669. Friauf, DVBl. 1971, S. 681 f.
670. Oldiges, WiR 1/1973, S. 29

teiligte einwirken will, sind also genauso zu behandeln, wie wenn der obrigkeitlich-normative Weg für die Maßnahmenergreifung eingehalten worden wäre. Damit steht letztlich solchen echten Drittbetroffenen derselbe Grundrechtsschutz zu wie den unmittelbar an Selbstbeschränkungsabkommen Beteiligten.[671]

Abschließend läßt sich damit sagen, daß von der verfassungsrechtlichen Seite keine generellen Bedenken gegen die grundsätzliche Zulässigkeit von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen bestehen, daß aber auch diese Vereinbarungen der gewöhnlichen Grundrechtsbindung unterliegen und daß nötigenfalls der allgemein gültige Grundrechtsschutz in seltenen Fällen praktisch werden kann.

5.3. Vorschlag einer Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB unter Berücksichtigung der gesetzlichen Normsetzungsbefugnis

Vorausgehend ist, verfestigt durch die verfassungsrechtlichen Überlegungen, umfassend und unter Einschluß von Randproblemen die

---

671. Oldiges, WiR 1/1973, S. 29

Lösungsmöglichkeit für die hier aufgeworfene Problematik dargelegt worden. Das gefundene Ergebnis basiert auf der augenblicklich herrschenden Rechtslage. Dabei ist deutlich geworden, daß dies zwar die einzige zutreffende Lösungsmöglichkeit ist, die aber letztlich doch nicht so recht zu befriedigen vermag. Die Gründe hierfür ergeben sich alle aus den vorausgegangenen Erörterungen und sollen nunmehr nochmals kurz zusammengestellt werden.

Grundsätzlich müssen die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen trotz der aufgezeigten mannigfachen Ausprägung letztlich doch als eine Einheit angesehen werden. Ausgehend von der Prämisse, daß sämtliche, im Einzelfall durchaus unterschiedlichen, erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, weist ihnen das augenblicklich gültige Kartellrecht im Sinne des festgestellten Ergebnisses ganz verschiedene Legalisierungswege zu, je nach dem, ob sie dem ökonomischen oder außerökonomischen Bereich entstammen. Ist nämlich ersteres der Fall, so muß nach der Bejahung des § 1 I GWB der Weg über die Ausnahmegeneralklausel des § 8 I GWB beschritten werden und die endgültige Entscheidung erfolgt durch den Bundesminister für Wirtschaft. Für den zweiten Fall jedoch muß bereits im Rahmen des § 1 I GWB eine rechtsfortbildende Restriktion stattfinden, und aufgrund dieser erfolgten Einschränkung

dessen Anwendungsbereichs kann das Kartellverbot gar nicht eingreifen. Während man bei einer etwas anderen dogmatischen Einordnung dieser Rechtsfortbildung in Form der Schaffung von außergesetzlichen leges speciales noch möglicherweise an ein reines Anmeldekartell hätte denken können, entfällt hiermit von vornherein jedes einzuhaltende Verfahren im Sinne eines Legalisierungsverfahrens. Nur wenn das Bundeskartellamt zu der Auffassung gelangt, daß ein von den Beteiligten aufgrund dessen als legal erachtetes, staatlich inspiriertes Selbstbeschränkungsabkommen diese Voraussetzungen eben doch nicht erfüllt, sondern das ansonsten generelle Kartellverbot doch einzugreifen hat, ist der normale Verfahrensgang durch die Bejahung des § 1 I GWB wieder eröffnet. Insofern kann also hier von einer quasi nachgelagerten Zuständigkeit des Bundeskartellamtes gesprochen werden. Zwar ist das Bundeskartellamt selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministers für Wirtschaft und diesem gegenüber, allerdings in gewissen Grenzen, auch weisungsgebunden, doch ändert dies nichts an der damit hervorgerufenen Divergenz der Lösungsmöglichkeiten bei den beiden grundsätzlichen Alternativen von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen, vor allem hinsichtlich Verfahren und Zuständigkeit. Dies beruht nämlich insbesondere auch auf dem verschiedenen Ausmaß der Möglichkeit einer gericht-

lichen Nachprüfung, was zuvor schon bei den Überlegungen betreffs der gerichtlichen Nachprüfbarkeit einer getroffenen Ermessensentscheidung ausgeführt wurde. Die dem Bundeswirtschaftsminister vorbehaltenen Entscheidungen und Erlaubnisse unter Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und damit verbundener Allgemeininteressen sind wegen ihres politischen Charakters allein im Rahmen der Ermessensbetätigung nicht gerichtlich nachprüfbar, während die Entscheidungen des Bundeskartellamtes im Regelfall nicht nur einer Rechtmäßigkeits- sondern auch einer Zweckmäßigkeitsprüfung unterliegen, was allerdings nicht in dem Umfange gilt, wenn auch dieses im Rahmen seiner Prüfung eine gesamtwirtschaftliche Würdigung vornehmen muß. Der Ansatzpunkt und auch die gewöhnlichen Nachprüfbarkeitsgrenzen differieren aber letztlich doch auch gerade hinsichtlich der hier aufgeworfenen Problematik beträchtlich.

Deshalb sollen nun noch rein projektiv Überlegungen angestellt werden zur Vereinheitlichung der dargelegten Legalisierungsmöglichkeiten. Ausgangspunkt dafür ist die Feststellung, daß die Berücksichtigung anderer als rein ökonomischer Gesichtspunkte, also auch außerökonomischer Allgemeininteressen, im GWB nicht als systemwidrig angesehen werden kann, was insbesondere durch

§ 24 III S. 1 GWB verdeutlicht wird.[672] Es könnte also durchaus daran gedacht werden, im GWB eine Normierung vorzunehmen, die hinsichtlich der Zulässigkeit von Kartellen die ökonomischen und außerökonomischen Belange hinreichend und abschließend berücksichtigt. Zu überlegen ist demnach, wie das geschehen könnte, wobei inhaltlich die vorangegangene Diskussion maßgeblich sein sollte. Entscheidend ist aber die Frage, auf wen die Zuständigkeit übertragen und wie das Verfahren ausgestaltet wird.

Die dafür maßgebende Frage der Befugnis zur Erteilung von Normsetzungskompetenzen an Private ist innerhalb dieser Ausführungen bereits angesprochen und auch in der Literatur vereinzelt diskutiert worden, wobei besonders Lutz sich näher hiermit befaßt hat.[673] Die Kartellverträge sind keine typischen schuldrechtlichen Austauschverträge der Beteiligten untereinander, sondern zielen zugleich auch auf die weitere Begründung von Verhaltenspflichten im Verhältnis des einzelnen zu Dritten ab.[674] Aus der Drittbezogenheit dieser Verhaltensvereinbarungen und der kollektiven Willensbildung der Beteiligten unter Ausschluß von Außenseitern heraus

---

672. Markert-Strauch, aaO, S. 89
673. vgl. Lutz, aaO, S. 230 ff.
674. Biedenkopf, aaO, S. 93 ff.

wird eine Marktmacht geschaffen, die faktisch der von Normen mit unmittelbarer rechtlicher Bindungswirkung sehr nahekommt.[675] Deshalb kann bei Kartellverträgen quasi von einer Normsetzung durch Private gesprochen werden, unabhängig davon, ob damit wirtschaftliche oder außerwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.[676] Es besteht nämlich immer die Möglichkeit der Beeinflussung der Dispositionen und der Beeinträchtigung der Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit von unbeteiligten Dritten. Bei den entsprechend den gefundenen Kriterien zulässigen, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen stellt sich die Frage etwas anders. An Hand der diesbezüglichen vorangegangenen Erörterung ist deutlich geworden, daß die einseitige Normsetzung durch private Kartellvereinbarungen nicht im Rahmen unserer Verfassung liegt, da die dabei erforderliche Berücksichtigung von Gemeinwohlbedürfnissen vor Privatinteressen, ganz allgemein gesagt, einer Überforderung der menschlichen Natur gerade im Wirtschaftsleben gleichkäme.[677] Deshalb können auch nur solche Selbstbeschränkungsabkommen als zulässig erachtet werden, die durch staatliche Organe oder hoheitlich befugte Institutionen

---

675. vgl. Steindorff, aaO, S. 15

676. Lutz, aaO, S. 235

677. Biedenkopf, aaO, S. 156 ff.

rechtmäßig initiiert werden oder zumindest diesen Anschein erwecken; denn die Privatautonomie der Kartellbeteiligten kann nicht so weit reichen, privaten Rechtssubjekten grundsätzlich die Zuständigkeit zum normativen, einseitigen Eingriff in den ansonsten öffentlichen Prozeß der Interessensausgleiche zuzusprechen.[678] In einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung kann sowieso nur der zu einer, mit Beschränkungen der Freiheitssphäre Dritter verbundenen, Normsetzung befugt sein, der mit größmöglicher Wahrscheinlichkeit die Gewähr dafür bietet, von seinen Befugnissen zugunsten der allgemeinen Gerechtigkeit und des Gemeinwohls Gebrauch zu machen und der über einen Überblick über die Gesamtordnung verfügt.[679] Entsprechend den Grundsätzen des demokratischen und freiheitlichen Rechtsstaates geht alle Staatgewalt vom Volke aus und wird gemäß Art. 20 II GG von ihm durch seine besonderen Organe ausgeübt. Dies schließt natürlich nicht die aufgezeigten Delegationsmöglichkeiten aus, die ja gerade für die Zulässigkeit der staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen erforderlich sind. Damit ist zum einen die Möglichkeit des Staates angesprochen, sich überhaupt an solchen Selbstbeschränkungsabkommen zu beteiligen, als auch ein Hinweis darauf

---

678. Böhm, ORDO, Bd. 17, S. 98 f.
679. Lutz, aaO, S. 242 f.

gegeben, in welchen Formen diese eigentliche Zulassung geschehen kann. Gerade darauf soll nun noch näher eingegangen werden.

Mit der Normierung der Kartellzulassungstatbestände in den §§ 2 - 8 GWB hat der Gesetzgeber auch von seiner Befugnis zur Erteilung von Ermächtigungen zu solcher Normsetzung Gebrauch gemacht und dabei gleichzeitig die entsprechenden Verfahrensvorschriften erlassen, was ihm anerkanntermaßen grundsätzlich zusteht.(680) Hierbei ist die staatliche Exekutive nicht nur allgemein nach Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden, sondern benötigt für ihr Vorgehen im speziellen Fall auch eine entsprechende Ermächtigung des Gesetzgebers, gleichgültig, ob eine eigene Normsetzung erfolgen oder ob Privaten eine Kompetenz hierzu eingeräumt werden soll. Der Gesetzgeber hat dabei im Rahmen der §§ 1 - 8 GWB verschiedene Wege aufgezeigt. Diese Ermächtigung zur Normsetzung im vorgegebenen Rahmen wird zum Teil, wie in § 2 GWB, den Privaten unmittelbar, zum anderen, wie in § 4 GWB, der Kartellbehörde als Verwaltungsstelle der staatlichen Exekutive und im speziellen Fall des § 8 GWB der politischen Instanz des Bundeswirtschaftsministers zugesprochen. Was ist aus diesen drei ver-

---

680. Biedenkopf, aaO, S. 129 f.

schiedenen Möglichkeiten zu folgern? Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß das Kartellverbot des § 1 I GWB gilt. Für die voraussehbaren Fälle sind nun in den §§ 2 - 7 GWB genau geregelte Ausnahmevoraussetzungen aufgestellt. Soweit sie dabei relativ eindeutig, klar und von den Folgen weniger gefährlich erscheinen, ist im Wege der reinen Anmeldekartelle diese Normsetzungsbefugnis den Privaten erteilt worden. In allen Fällen einer weitergehenden Wirkung und einer nicht eindeutig bestehenden Vorhersehbarkeit dadurch hervorgerufener Marktfolgen ist in den Fällen der Widerspruchskartelle und der Kartelle mit Erlaubnisvorbehalt die Ermächtigungsbefugnis auf die Kartellbehörden als eine Verwaltungsstelle der staatlichen Exekutive übertragen worden, und sie sind auch entsprechend in das Verfahren eingeschaltet worden. Die besonders unbestimmten und auch ordnungspolitisch schwerwiegenden Fälle, in denen sich die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Kartellvereinbarung nur sehr allgemein fassen lassen, sind für den ökonomischen Bereich auf den Bundeswirtschaftsminister mit der Befugnis zur Erteilung solcher Normsetzungskompetenzen übertragen worden. Dabei wurde bewußt eine dem Parlament gegenüber unmittelbar verantwortliche Instanz der staatlichen Exekutive bestimmt, was sich auch aus der eingangs beschriebenen Gesetzes-

entstehung ergibt. Damit wird in diesen besonders schwerwiegenden Fällen die private Normsetzung unmittelbar an die politische Verantwortlichkeit dieser Instanz gegenüber dem Parlament als Gesetzgeber und damit auch gegenüber dem Volk gebunden.[681] Die hier aufgezeigten Verfahrensmöglichkeiten enthalten nicht nur ein Gebot der Einhaltung dieser Befugnisse sondern auch ein Verbot, ein anderes als das vorgeschriebene Verfahren zu wählen.

Das Aufzeigen dieser Zuständigkeitsordnung soll nun nicht dazu dienen, das vorher gefundene Ergebnis zu der rechtlichen Problemstellung direkt in Frage zu stellen; denn die dabei aufgezeigte materielle Legalisierungsmöglichkeit ist die einzig bestehende, und da für diese Fälle der Rechtsfortbildung kein Verfahren gesetzlich vorgeschrieben ist, sind die dabei angestellten rechtlichen Verfahrensüberlegungen durchaus zulässig. Diese zuvor gemachten Ausführungen sollen aber der Ausgangspunkt dafür sein, eine idealere und vor allem einheitliche Lösung zu finden. Für die ökonomisch bedingten, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen steht durch § 8 I GWB die Rechtslage im Einklang mit den Normsetzungsüberlegungen. Was liegt also nun näher, als den außerökonomischen

---

681. Lutz, aaO, S. 248

Bereich dem ökonomischen gleichzusetzen. Dafür sprechen nicht nur das Gebot der Einheitlichkeit sondern vor allem auch die zuvor gemachten Normsetzungsüberlegungen. Auch die Fälle der außerökonomisch bedingten, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen sind besonders unbestimmt und ordnungspolitisch schwerwiegend, vielleicht in noch höherem Maße als dies für den anderen Bereich zutrifft. Gerade hier ist die Verantwortlichkeit der ausführenden Instanz gegenüber dem Parlament besonders wichtig. Diese Überlegungen liegen etwa parallel zu den Bestrebungen, den § 8 I GWB bereits jetzt in diesem Sinne auszulegen.(682) Dies scheitert aber, wie festgestellt, am Wortlaut der Norm. Trotzdem ist diese Einheitlichkeit der Legalisierung von staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen insgesamt nur über eine mit dem § 8 I GWB in der Konzeption vergleichbare Norm zu erreichen, was aufgrund der gemachten öffentlichrechtlichen Überlegungen sowohl dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit als auch dem der Gleichbehandlung vergleichbarer Vereinbarungen entspräche.

Um dies zu erreichen, bleibt aber nur der Weg einer Gesetzesnovellierung hinsichtlich

---

682. vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt, aaO, § 8 GWB, Rdnr. 4 f.

§ 8 I GWB übrig. Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsnormen soll dabei die Formulierung des § 24 III S. 1 GWB bezüglich ähnlicher Sachverhalte bei der Fusionskontrolle mit herangezogen werden. Auch hier hat der Bundeswirtschaftsminister bei seiner Entscheidung sowohl die gesamtwirtschaftlichen Vorteile als auch die Allgemeininteressen zu berücksichtigen.(683) Um deutlich zu machen, daß dieses Verfahren nur in ganz besonderen Fällen angewandt werden soll, ist die Formulierung "ausnahmsweise" beizubehalten und zur Klarstellung auch noch § 24 III S. 2 GWB mit zu übernehmen, wonach das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährden darf. Daraus ergibt sich dann der nachfolgende Vorschlag einer Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB:

> " Liegen die Voraussetzungen der §§ 2 - 7 nicht vor, so kann der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 erteilen, wenn ausnahmsweise die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen oder durch ein überragendes Interesse der Allgemein-

---

683. Langen-Niederleithinger- Schmidt, aaO, § 24 GWB, Rdnr. 35 und vgl. Fatscheck, aaO, S. 139 ff. und S. 144 f.

> heit gerechtfertigt ist. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird."

Einer Übernahme auch der Formulierung, daß die Erlaubnis mit Auflagen und Beschränkungen verbunden werden kann, bedarf es hier nicht, da dies bereits über § 11 I, III, GWB genauso geregelt ist. Gedacht werden könnte aber daran, eine Frist entsprechend der des § 24 IV S. 1 GWB mit einzubauen. Dabei ist aber auf den etwas anders gestalteten Verfahrensablauf bei § 24 III GWB und § 8 I GWB hinzuweisen. Bei der Fusionskontrolle entscheidet nämlich zunächst einmal das Bundeskartellamt darüber, ob der Zusammenschluß untersagt werden soll. Erst wenn dies der Fall ist, kann die Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers beantragt werden, so daß für den Fristenlauf auf diese Verfügung des Bundeskartellamtes abgestellt werden kann. Im Verfahren nach § 8 I GWB ist dies aber nicht so, da zwar zuvor das Bundeskartellamt mit diesem Sachverhalt, allerdings aus einem anderen Blickwinkel heraus, befaßt gewesen sein kann, aber nicht gewesen sein muß. So kann durchaus gleich der Antrag beim Bundeswirtschaftsminister gestellt werden. Damit könnte aber nur etwa auf das Unterzeichnungsdatum einer solchen

Kartellvereinbarung abgestellt werden. Dies brächte sicherlich eine Verbesserung der Rechtssicherheit und Beschleunigung des Verfahrens, insgesamt eine bessere Überschaubarkeit mit sich, erforderte aber eine Offenlegung der Sachverhalte von Anfang an. Da dann sowieso bei einem eventuell eintretenden Fristablauf das Abkommen nur wiederholt zu werden bräuchte, wäre ohne weitere Detailregelungen nicht viel gewonnen. Eine ebensolche Vorabeinschaltung des Bundeskartellamtes scheint hier nicht geboten, da der Verfahrensablauf insgesamt anders gelagert ist und es dieses ausgesprochen zweigleisigen Weges ohne besondere Erfordernisse nicht bedarf. Eine Fristeneinschaltung könnte durchaus nützlich sein, scheitert aber ohne flankierende Maßnahmen an der nicht genügend vorhandenen Praktikabilität.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß damit keine " lex staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen" geschaffen, sondern eine konsequente, praxisgerechte Fortentwicklung des § 8 I GWB erreicht werden soll. Dadurch wäre, abgesehen von sonstigen Fällen, eine einheitliche Handhabung und Beurteilung sowohl der ökonomisch als auch der außerökonomisch bedingten, staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen möglich. Die mit besonderen Schwierigkeiten zuwege gebrachte außergesetzliche

Restriktion des § 1 I GWB wäre nicht mehr nötig, da eine allgemeine, abschließende, gesetzliche Regelung im § 8 I GWB vorhanden wäre. Alle hierfür zuvor erarbeiteten Kriterien könnten als Anhaltspunkte für das nunmehrige Legalisierungsverfahren Bedeutung erlangen. Vor allem aber wäre auch die Verfahrensregelung innerhalb des GWB unter Einbeziehung solcher Normsetzungsbefugnisse konsequent eingehalten. Alles in allem erscheint eine solche ausdrückliche Gesetzesfortentwicklung durch eine Novellierung des § 8 I GWB für die wirtschaftlichen Erscheinungsformen in der heutigen Zeit geboten und erforderlich und auch in der hier aufgezeigten Weise der einzig richtige Weg zu sein.

5.4. Anwendung im Sinne des Prinzips der ultima ratio

Nachdem nunmehr die rechtlichen Lösungsmöglichkeiten dieses Problems sowohl nach der herrschenden als auch nach einer projektierten Gesetzesfassung genügend dargelegt worden sind, soll abschließend kurz noch wertend Stellung genommen werden. Dabei ist vorab festgestellt worden, daß die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen dem Grunde nach wie gewöhnliche

Kartellvereinbarungen zu behandeln sind. Dies gilt vor allem für die vorgeschlagene Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB, aber auch mit etwas weitergehenden Einschränkungen für den einzig augenblicklich möglichen Lösungsweg über § 1 I GWB. Trotzdem sind zu der gesamten Thematik noch einige kritische Worte anzufügen. Bei den Selbstbeschränkungsabkommen sind grundsätzlich bedenkenbehaftete und warnende Stimmen in kartellrechtlicher Hinsicht nicht zu übersehen. Trotz oder gerade wegen deren Flexibilität darf es nicht dazu kommen, daß durch die vorgezeigte Anwendungspraxis der Grundsatz des § 1 GWB hinsichtlich des Kartellverbotes so aufgeweicht würde, daß er kaum noch Geltung hätte.(684) Solche Selbstbeschränkungsabkommen können deshalb wirklich nur ausnahmsweise legalisiert werden. Alles in allem ist eine ungerechtfertigte Auflockerung dieser Freistellungsvoraussetzungen auf längere Sicht gesehen nicht ganz von der Hand zu weisen. Man kann das ganze vielleicht treffend mit den Worten charakterisieren,(685) daß diese Bestimmung eine "Notbremse" darstellt, die nur in Notfällen benützt werden sollte und bei der jeder Mißbrauch verhindert werden muß.

---

684. vgl. Lutz, aaO, S. 196

685. Schüssler, NJW 1962, S. 2280

Als einer der Gefahrenpunkte ist bereits vorab darauf hingewiesen worden, daß die kompetenziellen Grenzen innerhalb des Staatsgefüges eingehalten werden müssen. Schenkt man diesem Tatbestand nicht genügend Beachtung, so kommt die grundsätzliche Trennung der staatlichen von der gesellschaftlichen , hier privatwirtschaftlichen Sphäre in Gefahr.(686) Diese Selbstbeschränkungsabkommen beinhalten nämlich eine partielle Substituierung legislativen Handelns durch ein Kooperieren oder Paktieren zwischen Staat und Wirtschaft und führen somit quasi zu einer entsprechenden Arbeitsteilung.(687) Schon die zulässige Form dieser Abkommen muß nach außen hin als ein Verlust an Staatlichkeit angesehen werden, wenn die staatlichen Interessen nicht mehr hoheitlich sondern in Verhandlungen mit der Wirtschaft durchgesetzt werden müssen.(688) Dabei ist durchaus nicht auszuschließen, daß sich bei einigen Entscheidungen der staatliche Ordnungswille mit wirtschaftlichem Denken vermengt, was auf längere Zeit gesehen alle Beteiligten, sowohl den Staat als auch die Unternehmen, in ihren eigenen Initiativen hemmen kann. Das hoheitliche Potential des Staates darf ebensowenig verloren gehen,

---

686. Oldiges, WiR 1/1973, S. 19
687. vgl. Möschel, BB 1972, S. 465
688. vgl. Krüger, DVBl. 1955, S. 520

wie das freiheitlich wirtschaftliche Denken der Marktteilnehmer. Denn eine neue Form der Vergesellschaftung des Staates in diesem Sinne wäre fast ebenso schädlich, wie die vielerorts sichtbaren Tendenzen der Verstaatlichung der gesellschaftlichen und vor allem wirtschaftlichen Sphäre.[689] Gerade deshalb ist auf eine diesbezügliche Kompetenzeinhaltung genauestens zu achten.

All das zeigt, daß die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen wirklich nur das letzte Mittel sein dürfen, um die hinter ihnen stehenden Rechtsgüter zum Zuge kommen zu lassen. Meines Erachtens haben diese Maßnahmen nämlich andererseits durchaus ihre Vorzüge, vor allem dann, wenn sich absolut keine anderen oder in etwa gleichwertigen Möglichkeiten bieten. Sind echte hoheitliche Regelungen nicht zu erreichen, so ist eine solche administrative Kontrolle auch über gerade noch legalisierbare Abkommen immer noch den Gefahren vorzuziehen, mit denen eine sogenannte Selbstverwaltung der Wirtschaft, vor allem in ihren machtanfälligen Bereichen, verbunden ist.[690]

Andererseits läßt sich nicht übersehen, daß die tatsächlichen Verhältnisse mitunter

---

689. Oldiges, WiR 1/1973, S. 19

690. vgl. Möschel, BB 1972, S. 465

einfach nach solchen staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen verlangen. Dies beruht auf dem zunehmend komplexer werdenden System wechselseitiger Abhängigkeit zwischen staatlichem und privatwirtschaftlichem Verhalten, so daß eine Steuerung allein mit obrigkeitlichen Mitteln nicht immer ausreicht.[691] Die Legitimation des Staates zu einer wirtschaftslenkenden Kooperation mit der Privatwirtschaft kann deshalb nicht bestritten werden. Partner der Unternehmen ist dabei die Exekutive und nicht etwa die Legislative, an die bezüglich einer originären Normsetzungsbefugnis auch gedacht werden könnte. Für dieses praxisgerechte Eingreifen der Exekutive durch ihre Organe oder durch hoheitlich befugte Institutionen haben sich ausreichende Kriterien entwickeln lassen, die die Rechtswirksamkeit und Zulässigkeit dieses Verhaltens sicherstellen. Trotz allem muß die Exekutive von sich aus dann eine gewisse Zurückhaltung üben, wenn die Legislative bereits selbst daran geht, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die entsprechenden Regelungen zu treffen. Deren vorrangige Kompetenz entzieht der Exekutive nämlich weitgehendst die Grundlage für den Abschluß von Selbstbeschränkungsabkommen.[692]

---

691. Oldiges, WiR 1/1973, S. 22

692. vgl. Ossenbühl, VVDStRL, 29, S. 161

Alles in allem stellt dieser Komplex staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen nämlich eine staatliche Planung dar. Diese Planung ist aber, zumindest für den Durchschnittsbürger, kaum sichtbar. Das könnte bei einer völlig ungünstigen Konstellation trotz aller Überwachung der staatlichen und vor allem politisch maßgeblichen Instanzen durch das Parlament dazu führen, daß keine offenen und transparenten Wege seitens dieser Stellen beschritten werden. Diese Befürchtungen sind vor allem dann berechtigt, wenn es sich um einen Bereich handelt, bei dem, aus welchen Gründen auch immer, ein erheblicher staatlicher Einfluß besteht. Es sollten hier nicht politische Motive und Zielvorstellungen, verborgen hinter einer gewissermaßen heimlichen Planung, zum Durchbruch kommen. Diese Gefahr umschlösse sowohl den Bereich einer versteckten und damit nicht echt begründeten Umstrukturierung der Marktlage und ihrer Wirtschaftssystematik, als auch den Bereich einer zuletzt immer mehr um sich greifenden staatlichen Reglementierung. Ebenso muß verhindert werden, daß kleinere und mittlere Wirtschaftsunternehmen, in welchen Bereichen auch immer, von den großen ihrer Branche unter Mitspielen der Behörden, gezielt oder nicht, bedrängt, eingeschränkt oder gar vernichtet werden; die gesamte Freiheit der Wirtschaft innerhalb ihres legitim bestehenden Bereiches muß erhalten bleiben.

Zusammenfassend muß aber festgestellt werden, daß sich über diese Regelungen die beteiligten Marktinteressen durchaus gut berücksichtigen lassen. Hier steht dem Staat ein relativ schnelles, flexibles und dem Einzelfall anpassbares Gestaltungsmittel zur Verfügung.(693) Außerdem zeichnen sich diese Abkommen eben durch ihre Zielgenauigkeit und die Möglichkeit aus, sich auf der untersten Stufe der Intervention zu halten.(694) Besonderes Augenmerk muß aber darauf gerichtet werden, daß die marktwirtschaftliche Freiheit noch genügend Beachtung findet; ein Optimum davon ist auf diesem Wege allerdings nur schwerlich zu erreichen.(695) Auf jeden Fall muß die Handhabung und Legalisierung solcher Vereinbarungen streng, absolut regelgerecht und in ihrer Ausweitung restriktive erfolgen. Deshalb sind die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen in der zuvor erläuterten Ausprägung als echte ultima ratio zu betrachten im Sinne des nachfol-

---

693. Oldiges, WiR 1/1973, S. 5 f. und vgl. BB 1972, S. 463
694. Kaiser, NJW 1971, S. 588
695. Biedenkopf, BB1966, S. 1120 und vgl. Markert, in Kaiser, aaO, Bd. IV, S. 199 und vgl. Säcker, BB 1967, S. 681 ff.

genden Leitgedankens:

> "Staatliche Planung im nötigen Rahmen ja - aber nur wenn völlig unumgänglich mit Kartellen !"

6. Zusammenfassung

Diese durchgeführte Erörterung befaßt sich mit der Frage, inwieweit staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen vor allem mit dem deutschen Kartellrecht vereinbar sind.

6.1. Problemkonstellation und Beispielsfälle

Der Gesetzgeber hat in den §§ 1 - 8 GWB eine generelle Entscheidung zugunsten eines grundsätzlichen Kartellverbots mit gesetzlich festgelegten Ausnahmetatbeständen getroffen. Diese Normierungen werfen gerade dann erhebliche Probleme auf, wenn solche Wettbewerbsbeschränkungen durch die staatliche Wirtschaftspolitik geduldet oder gar gefördert werden. So sind die Hauptmerkmale dieser staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen darin zu sehen, daß eine allseitig einvernehmlich und bewußt vorgenommene Wettbewerbsbeschränkung, die nicht oder wenigstens nicht hauptsächlich im Eigeninteresse der Unternehmen liegt, und für die ausschlaggebend das Interesse der Allgemeinheit ist, durch staatliche Stellen und Behörden

aktiv angeregt oder zumindest halb passiv toleriert wird.

Hierfür gibt es mancherlei Beispiele, die auch in der Praxis rechtlich sehr verschieden behandelt wurden. Zum einen ist der Weg über eine letztliche Bejahung des § 1 I GWB und die Lösung über die Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB als Ministerkartell beschritten worden, zum anderen wurde mit verschiedenartiger rechtlicher Konstruktion ein Vorliegen des § 1 I GWB überhaupt verneint, und in anderen Fällen wurde die rechtliche Problematik an sich schon ungeklärt gelassen. Am augenfälligsten sind wohl die Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie und der Heizölbranche sowie der VDE-Doppelsteckerfall.

6.2. Systematisierungsmöglichkeiten

Dabei sind verschiedene Grade staatlicher Beeinflussung zu unterscheiden. Zunächst sind die rein freiwilligen Vereinbarungen zu nennen, dann diejenigen, die mittelbar staatlich angeregt sind durch private oder sogenannte offiziöse Institutionen, und letztlich die, auf die direkt staatlicherseits Einfluß genommen wurde. Weiter

kann nach den verschiedenen Rechtsgüterbereichen unterteilt werden. Rechtsgüter im ökonomischen Bereich sind etwa die wirtschaftspolitischer und wirtschaftsrechtlicher Art; die überwiegende Zahl der Fälle ist aber im außerökonomischen Bereich angesiedelt, wo unter anderem als Rechtsgüter der Gesundheitsschutz, Jugendschutz und Umweltschutz anzuführen sind.

Die Unternehmer verzichten dabei immer auf ihnen normalerweise zustehende Rechte und schränken sich damit gewissermaßen selbst ein. Meist steht dabei im Hintergrund die zumindest mittelbare staatliche Einflußnahme. Dabei sind angedrohte schärfere gesetzliche Regelungen und wirtschaftspolitische Maßnahmen, oft finanzieller Art, erhebliche Macht- und Druckmittel in der Hand des Staates; manchmal geschieht dies aber auch, weil eigene gesetzliche Bestimmungen nicht oder nur sehr schwer zu erreichen wären. Festzuhalten bleibt, daß sowohl die konkrete staatliche Interessenlage als auch die betreffenden privatwirtschaftlichen Vorteilserwägungen solche Abkommen herbeiführen.

6.3. Ausländische Kartellrechte

Ähnliche kartellrechtliche Probleme gibt es auch in anderen europäischen Ländern, vor allem in den USA. In Europa herrscht überwiegend das Mißbrauchsprinzip vor, wobei vor allem in England und Frankreich aufgrund eines durch das Kartellrecht belassenen weiten Spielraums für die Regierung relativ einfachere Legalisierungsmöglichkeiten bestehen. Spezielle einschlägige, gesetzliche Regeln sind aber weder hier noch auf internationaler Ebene zu erkennen. Ähnliches gilt auch für das EWG-Kartellrecht, wobei allerdings nur die Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels relevant ist. Auch hier fehlen besondere Gesetzesbestimmungen hinsichtlich der Mitwirkung des Staates; insgesamt wird dadurch das Versäumnis einer internationalen Kartellrechtsordnung ausgesprochen deutlich.

Die USA besitzen im Grunde genommen eine der weitestgehenden kartellrechtlichen Regelungen. Ausgangspunkt hierfür ist der Sherman Act, der dann im Laufe der Jahre durch die Einführung der rule of reason und darauffolgend der per-se-Regel konkretisiert und teilweise auch aufgelockert wurde. Die Diskussion solcher Selbstbeschränkungsabkommen in den USA geschieht nicht nur in kartellrechtlicher sondern

auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht; es besteht zwar ein relativ weiter Raum, eine sichere Leitlinie hat sich dabei aber noch nicht entwickelt. Für eine Legalisierungsmöglichkeit im deutschen Kartellrecht ergeben sich keine exemplarischen, richtungsweisenden Ergebnisse, zumal einer Übernahme der rule of reason ernsthafte Bedenken entgegen stehen.

6.4. Subsumtion unter § 1 I S. 1 GWB

§ 1 GWB normiert ein generelles Kartellverbot. Obwohl sich die Selbstbeschränkungsabkommen nach Zielsetzung, Struktur und Verfahren erheblich von typischen Unternehmerkartellen unterscheiden, sind sie doch tatbestandsmäßig unter § 1 I S. 1 GWB zu subsumieren. Auch wenn die Besonderheit besteht, daß sie in erster Linie die Beziehung zwischen Staat und Wirtschaft regeln und nur zusätzlich horizontale Verknüpfungen schaffen, kann dies nichts daran ändern, daß alle Tatbestandsmerkmale des § 1 I S. 1 GWB erfüllt sind. Dies gilt im Regelfall insbesondere für die teilweise umstrittenen Merkmale des gemeinsamen Zweckes und der Geeignetheit zur Beeinflussung der Marktverhältnisse.

6.5. Einschränkungsversuche über § 1 I GWB

Die Versuche einer restriktiven Auslegung dieser Norm erbringen keinen Erfolg; sowohl der Gedanke eines quantitativen oder qualitativen Minimums wie auch die Überlegungen zu Zwangskartellen führen nicht weiter. Vielversprechender erscheint da schon der Lösungsansatz über eine rechtsfortbildende Restriktion, da hierfür Sinn und Zweck des Gesetzes entscheidend sind. In der Praxis erstmals aufgegriffen wurde diese Möglichkeit vom Bundeskartellamt in der bekannt gewordenen Doppelstecker-entscheidung. Die hierbei entwickelten Kriterien können jedoch generell nicht als richtungsweisend bezeichnet werden, da sie noch zu sehr auf den Einzelfall abgestellt sind und auch Beweisschwierigkeiten eintreten können.

Das Vorhandensein einer Regelungslücke wird an Hand der möglichen Erscheinungsformen einer rechtsfortbildenden Restriktion deutlich. Einschlägig ist dabei allerdings nicht der Zweck dieser einzuschränkenden Norm, da sowohl der Individual- als auch der Institutionsschutz nicht ein solches Ergebnis gebieten. Eher ist schon an den Zweck einer anderen Norm zu denken, wobei es aber schwierig ist, allgemein gültige Richtlinien aufzustellen. Primär geeignet ist jedoch im Rahmen

dieser rechtsfortbildenden Restriktion die Vornahme einer Güterabwägung, wonach ein solch vorrangiges Rechtsgut die Normanwendung als unangemessen und unvernünftig verbietet. Schwierigkeiten bereitet aber die diesbezügliche Aufstellung eines sogenannten Wertordnungssystems, da auch vom Grundgesetz keine starre Wertehierarchie abgeleitet werden kann, so daß stets eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls stattzufinden hat.

Grundsätzlich ist zwar festzuhalten, daß dieser Lösungsweg generell möglich ist, aber aus vorgenannten Gründen zumindest vorerst noch am Rechtssicherheitsgrundsatz scheitern muß. Scheitern muß im übrigen sowohl der Versuch, das Prinzip der rule of reason in das GWB einzuführen, als auch der Gedanke, über Rechtfertigungsgründe eine Legalisierung zu erreichen; hierzu fehlen die rechtsdogmatischen Voraussetzungen, so daß dies letztlich eine Rückkehr zum Restriktionsansatz bedeutet.

6.6. Gesetzliche Ausnahmeregelungen mit Teillösungsmöglichkeit über ein Ministerkartell nach § 8 I GWB

Im Rahmen der gesetzlichen Ausnahmemöglichkeiten ist zunächst darauf hinzuweisen, daß eine implizierte Einschränkung des § 1 I S. 1 GWB durch § 1 I S. 2 GWB nicht gegeben ist. Auch die Bereichsausnahmen der §§ 2 - 7 GWB könnten nur in ganz besonders gelagerten Einzelfällen zu einer Lösung führen, was aber, wie aufgezeigt an den Beispielen zu den §§ 5, 5 b, 7 GWB, nicht der Fall ist.

Deshalb bietet sich für eine Legalisierung nur noch die beschränkte Generalausnahmeklausel des § 8 I GWB an. Dabei ist der Theorie der doppelten Erlaubnistatbestände zu folgen und § 8 I GWB eine von § 8 II GWB selbständige Stellung einzuräumen. In § 8 I S. 1 GWB ist eine allgemeine Anwendungsschranke in der Form postuliert, daß eine Erlaubnis dann erteilt werden kann, wenn die Beschränkung des Wettbewerbes aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls nötig ist. Auszugehen ist davon, daß eine solche Legalisierungsmöglichkeit nach Feststellen des Vorliegens des § 1 I GWB insoweit Vorrang vor einer außergesetzlichen rechtsfortbildenden Restriktion hat, als dadurch der Weg im Gesetz schon

vorgezeichnet ist. Entscheidend ist, daß die beiden Tatbestandsmerkmale der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls unter Berücksichtigung aller, auch historischer Umstände nicht alternativ sondern nur kumulativ ausgelegt werden können, so daß damit letztlich nur eine Legalisierungsbasis für Kartelle aus dem ökonomischen Bereich vorliegt. Damit stellt § 8 I GWB die gesetzlich vorgesehene Lösungsmöglichkeit für wirtschaftlich bedingte, staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen dar.

Weder die Wettbewerbsregeln der §§ 28 ff. GWB noch das Opportunitätsprinzip des § 47 OWiG können als weitere Legalisierungswege dienen; dasselbe gilt auch für sonstige gesetzliche Regelungen, die sowieso nur in speziellen Fällen einschlägig sein können.

6.7. Verbleibende Lösungsmöglichkeit unter Rückgriffnahme auf § 1 I GWB im Sinne der Rechtsfortbildung

Für die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen die dem außerökonomischen Bereich entstammen, ist jedoch noch immer keine Legalisierungsmöglichkeit aufgezeigt. Anzuknüpfen ist dabei an den Ge-

danken einer rechtsfortbildenden Restriktion im Sinne der Güterabwägung, wobei die Frage der Rechtssicherheit durch das Einführen zusätzlicher Kriterien zu klären ist. Ansatzpunkt dafür ist der Grad staatlicher Beeinflussung. Bei rein freiwilligen Selbstbeschränkungsabkommen scheidet deshalb eine solche Legalisierung aus, da dies eine Mißachtung der Aufgabenverteilung in unserer Marktwirtschaftsordnung darstellen würde; dies gilt auch für die durch den Druck öffentlicher Meinung oder durch Anregung rein privater Organisationen zustande gekommenen Vereinbarungen. Die außerökonomisch bedingten Selbstbeschränkungsabkommen aber, die mittelbar staatlich, durch sogenannte offiziöse Institutionen angeregt worden sind oder die direkter staatlicher Einflußnahme unterliegen, sind im Wege einer rechtsfortbildenden Restriktion des § 1 I GWB legalisierbar. Die nötige Rechtssicherheit sowohl im Sinne der angesprochenen Güterabwägung als auch aufgrund der entwickelten Gesetzeszwecküberschneidungen ist durch die Schaffung zusätzlicher, einerseits am Rechtsmäßigkeitsgrundsatz des staatlichen Vorgehens und andererseits am Vertrauensschutzprinzip der Beteiligten ausgerichteter Kriterien gegeben.

Dazu ist im einzelnen erforderlich, daß die Wettbewerbsbeschränkung von einer Institution veranlaßt wird, die durch Gesetz

oder gesetzmäßige Verordnung rechtswirksam mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut worden ist und die gerade hier auch im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenwahrnehmung handelt, und daß die Wettbewerbsbeschränkung sich hinsichtlich Dauer, Umfang und Ausmaß streng im Rahmen dieser Anregung hält; oder aber, daß die Wettbewerbsbeschränkung vom Staat oder einem seiner Organe rechtswirksam und zulässig entsprechend dem gesetzlich vorgegebenen Rahmen der Wirtschaftslenkung oder Wirtschaftsplanung angeregt wird, und daß die Beteiligten dieser Vereinbarung den Wettbewerb untereinander nicht weiter einschränken, als es im Rahmen dieser Anregung liegt; oder aber, daß die Wettbewerbsbeschränkung im tatsächlichen schutzwürdigen Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Initiierung beider vorgenannter Alternativen erfolgt und unter Einhaltung der sonstigen genannten Voraussetzungen geschieht; weiter ist für die Wettbewerbsbeschränkung in allen genannten Fällen die Bejahung der Höherrangigkeit des damit verfolgten und mit § 1 GWB kollidierenden Rechtsgutes oder Normzweckes aufgrund gesetzlicher Offensichtlichkeit oder allgemeiner verfassungsmäßiger, rechtsstaatlicher und rechts-, wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Würdigung im konkreten Einzelfall erforderlich, und die Wettbewerbsbeschränkung muß insgesamt unbedingt nötig sein, kann insbesondere nur das einzige

Mittel auf diesem Wege sein, um das verfolgte Ziel rechtzeitig zu erreichen, darf die Wettbewerbsfunktion im Sinne des geringstmöglichen Eingriffs nicht mehr als erforderlich beeinträchtigen und muß im Rahmen der Zielgerichtetheit unter Zugrundelegung der tatsächlichen Verhältnisse weitgehend marktkonform sein.

Im Rahmen des gesamten Lösungsweges sind hierbei auch die verschiedenen Verfahrenswege zu berücksichtigen. Wollte man die Ausformung der rechtsfortbildenden Restriktion nun im Sinne von leges speciales sehen, so ergäben sich diesbezüglich mangels gesetzlicher Bestimmungen besondere Schwierigkeiten, deshalb erscheint es richtig, dieses Rechtsinstitut direkt im § 1 I S.1 GWB, etwa als eine Art Tatbestandskorrektiv, eingreifen zu lassen. Hinsichtlich Überprüfung, Ermessensentscheidung und Zuständigkeit, überhaupt für das ganze Verfahren, bestehen also gravierende Unterschiede danach, ob die staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen dem ökonomischen oder außerökonomischen Bereich entstammen.

6.8. Abschließende verfassungs- und wettbewerbspolitische Würdigung einschließlich eines Vorschlags zur Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB

Die hier aufgeworfene Problematik stammt zwar aus dem Bereich des Wirtschaftsrechts, besitzt aber auch genügend Bezugspunkte zum öffentlichen Recht. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen eine normsubstituierende Funktion zugeschrieben werden kann, zum anderen aber auch aus der diesen Vereinbarungen innewohnenden Grundrechtsproblematik. Der diesbezügliche Gesetzesvorbehalt ist letztlich nur hinsichtlich direkter staatlicher Eingriffnahme relevant, während die Grundrechtsbindung auch hier in vollem Umfang erhalten ist, so daß die verfassungsrechtlichen Grundsätze insoweit voll zu berücksichtigen sind. Nur in speziellen Einzelfällen wirft aber der Grundrechtsgehalt eines bestimmten Grundgesetzartikels sowie der damit verbundene Schrankenbegriff eine besondere Problematik auf, so etwa hinsichtlich der Art. 4, 5, 9 GG sowie Art. 12, 14 GG. Generelle diesbezügliche Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bestehen aber nicht.

Abschließend ist anzumerken, daß das differierende Ergebnis bezüglich des ökono-

mischen und außerökonomischen Bereichs nicht voll zu befriedigen vermag. Dafür sind die bereits angeführten Unterschiedlichkeiten in Verfahren und Zuständigkeit sowie gerichtlicher Nachprüfbarkeit vor allem maßgebend . Deshalb soll rein projektiv eine einheitliche Legalisierungsmöglichkeit nicht nur solcher staatlich inspirierter Selbstbeschränkungsabkommen sondern aller dementsprechend gelagerter Kartellprobleme über eine Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB angeregt werden. Es soll dabei sowohl für den ökonomischen als auch für den außerökonomischen Bereich der Kompetenzbestimmung des jetzigen § 8 I GWB insofern gefolgt werden, als daß die Zuständigkeit des Bundeswirtschaftsministers festgelegt wird, zumal dieser gesamte Normbereich aus sich selbst heraus besonders unbestimmt und ordnungspolitisch schwerwiegend ist. Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsnormen soll dabei eine Anlehnung an § 24 III S. 1 GWB erfolgen, so daß nach der vorgeschlagenen Gesetzesnovellierung § 8 I GWB etwa folgendermaßen lauten könnte: "Liegen die Voraussetzungen der §§ 2 - 7 nicht vor, so kann der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 erteilen, wenn ausnahmsweise die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen oder durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird." Die Mitübernahme des zweiten Satzes hat ergänzende Funktion zu Satz 1 im Sinne der Klarstellung des Ausnahmecharakters der Norm. Eine dem § 24 IV GWB entsprechende Fristenregelung erscheint aus Gründen der Praktikabilität nicht möglich.

Indem man den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen zu einem legalen Raum und damit infolge ihrer Flexibilität und Praxisnähe sowie Zielgenauigkeit und Raschheit zu weiterer Anerkennung verhilft, muß man sich aber auch der damit verbundenen Gefahren bewußt sein, vor allem hinsichtlich eines Verlustes an Staatlichkeit und des Auftretens von Reglementierungen. Der Grundsatz des generellen und nur in Ausnahmefällen hinfälligen Kartellverbotes darf hierdurch nicht umgangen werden. Die aufgezeigten Möglichkeiten sollten deshalb nur in besonderen Einzelfällen benützt werden und die Handhabung nur streng, absolut regelgerecht und in ihrer Ausweitung restriktive erfolgen. Diese Form der staatlichen Einflußnahme und Planung muß auch künftig eine ultima ratio darstellen.

Abkürzungsverzeichnis

1.	aaO	- am angegebenen Ort
2.	ABlEG	- Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
3.	Abs.	- Absatz
4.	AcP	- Archiv für die zivilistische Praxis
5.	AHD	- Außenhandelsdienst der Industrie- und Handelskammern und Wirtschaftsverbände
6.	Anl.	- Anlage
7.	Anm.	- Anmerkung
8.	AöR	- Archiv des öffentlichen Rechts
9.	Art.	- Artikel
10.	ASF	- Allgemeine Sicherungsvorschriften der Feuerversicherer für Fabriken und technische Anlagen
11.	Aufl.	- Auflage
12.	AWD	- Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
13.	AWG	- Außenwirtschaftsgesetz
14.	B.Anz.	- Bundesanzeiger
15.	BB	- Betriebs-Berater
16.	Bd.	- Band
17.	BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
18.	BGBl.	- Bundesgesetzblatt
19.	BGH	- Bundesgerichtshof
20.	BGH/St	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen

21.	BGH/Z	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
22.	BKartA	- Bundeskartellamt
23.	BMW	- Bundesminister für Wirtschaft oder Bundesministerium für Wirtschaft
24.	BPI	- Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V.
25.	BRD	- Bundesrepublik Deutschland
26.	BT	- Bundestag
27.	BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
28.	BVerfG/E	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
29.	BVerwG	- Bundesverwaltungsgericht
30.	BVerwG/E	- Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
31.	DB	- Der Betrieb
32.	DÖV	- Die öffentliche Verwaltung
33.	DVBl.	- Deutsches Verwaltungsblatt
34.	DVO	- Durchführungsverordnung
35.	E	- Entscheidung
36.	EG	- Europäische Gemeinschaften
37.	Einl.	- Einleitung
38.	EnergG	- Energiewirtschaftsgesetz
39.	EnSG	- Energiesicherungsgesetz
40.	entg.	- entgegen
41.	EuGH	- Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
42.	e.V.	- eingetragener Verein
43.	EWG	- Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

44.	EWG-V	- Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
45.	f.	- folgende/Singular
46.	ff.	- folgende/Plural
47.	FIW	- Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
48.	Frankf.Kom.	- Frankfurter Kommentar
49.	FSK	- Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft e.V.
50.	GATT	- General Agreement on Tarifs and Trade, zu deutsch Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
51.	Gem.Kom.	- Gemeinschaftskommentar
52.	GG	- Grundgesetz
53.	GRUR	- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
54.	GWB	- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
55.	HGB	- Handelsgesetzbuch
56.	Int.	- International
57.	JuS	- Juristische Schulung
58.	JZ	- Juristenzeitung
59.	MA	- Der Markenartikel
60.	MDR	- Monatszeitschrift Deutsches Recht
61.	MUV	- Montanunionsvertrag
62.	NJW	- Neue Juristische Wochenzeitschrift
63.	Nr.	- Nummer
64.	OLG	- Oberlandesgericht

65.	ORDO	- Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
66.	OWiG	- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
67.	Rdnr.	- Randnummer
68.	ERBl.	- Reichsgesetzblatt
69.	RIW	- Recht der Internationalen Wirtschaft
70.	S.	- Seite oder Satz
71.	sect.	- section
72.	Sh.A.	- Sherman Act
73.	SIZ	- Selbstkontrolle Illustrierter Zeitschriften
74.	sog.	- sogenannt
75.	StabG	- Stabilitätsgesetz
76.	StGB	- Strafgesetzbuch
77.	T.	- Teil
78.	Tb	- Tätigkeitsbericht
79.	u.	- und
80.	USA	- Vereinigte Staaten von Amerika
81.	usw.	- und so weiter
82.	UWG	- Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb
83.	VDE	- Verband deutscher Elektrotechniker e.V.
84.	vgl.	- vergleiche
85.	VO	- Verordnung
86.	VVDStRL	- Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
87.	VwArch.	- Verwaltungsarchiv
88.	VwGO	- Verwaltungsgerichtsordnung

89.	WiR	- Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
90.	WR	- Wirtschaftsrecht
91.	WRP	- Wettbewerb in Recht und Praxis
92.	WuW	- Wirtschaft und Wettbewerb
93.	WuW/E	- Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
94.	ZAW	- Zentralausschuß der Werbewirtschaft e.V.
95.	z.B.	- zum Beispiel
96.	ZHW	- Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
97.	ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik
98.	ZVN	- Zementverkaufsstelle Niedersachsen

Literaturverzeichnis

Stand: 31. 12 1977

Zeitschriftenbeiträge und ihre Verfasser sowie Entscheidungen und sonstige Veröffentlichungen sind direkt im Fußnotenverzeichnis des Textteiles angegeben und im Abkürzungsverzeichnis erklärt.

1. Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum Wettbewerbs und Warenzeichenrecht, 11. Auflage 1974, und vgl. 8. Auflage 1960 sowie 9. Auflage 1964, München/Berlin
2. Biedenkopf , Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, die Ausschließlichkeitsklausel als Beispiel, 1. Auflage 1958, Heidelberg
3. Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1. Auflage 1957, Heidelberg
4. Börner-Meyer, Ausnahmebereiche des GWB, 1. Auflage 1972, Köln/Berlin/Bonn/München
5. Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, 1. Auflage 1957, Stuttgart

6. Brox , Band I, Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage 1976, und Band II, Besonderes Schuldrecht, 5. Auflage 1977, München

7. Deringer , Das Wettbewerbsrecht der EWG, Beilage zu WuW, 1. Auflage 1949 ff., Düsseldorf

8. Deutscher Bundestag, Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB gemäß Bundestagsdrucksache Nr. 2886 der 3. Wahlperiode, 1. Auflage 1962, Bonn

9. Eiser , Energiewirtschaftsrecht, 1. Auflage 1975, München

10. Emmerich , Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1975, München

11. Engisch , Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage 1971, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz

12. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auflage 1959/60, Tübingen

13. Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattsammlung, 1. Auflage, Stand 1977, München

14. Erman , Handkommentar zum BGB, 6. Auflage 1975, Münster/Westfalen

15. Esser-Schmidt, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I und II, 5. Auflage 1976, Karlsruhe

16. Eucken , Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage 1955, Hamburg

17. von Eyern , Wörterbuch zur politischen Ökonomie, Studienbuch zur Sozialwissenschaft Nr. 11, 1. Auflage 1973, Opladen

18. Fatscheck , Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlußkontrolle, 1. Auflage 1977, Gerbrunn/Würzburg

19. Festschrift zu 10 Jahren Bundeskartellamt, Günther, Kellermann, usw., 1. Auflage 1968, München

20. Festschrift zu 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wettbewerb als Aufgabe, Hoppmann, Lukes, Mestmäcker,Rupp, usw., 1. Auflage 1968, Bad Homburg/Berlin/Zürich

21. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Ballerstedt, Coing, Kronsbein, Mestmäcker, usw., 1. Auflage 1975, Karlsruhe

22. Fikentscher, Die Interessengemeinschaft, eine gesellschafts- und kartellrechtliche Untersuchung, 1. Auflage 1966, Köln/Berlin/Bonn/München

23. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, 1. Auflage 1958, München/Berlin

24. Forsthoff , Verwaltungsrecht, 10. Auflage 1973, München/Berlin

25. Frankfurter Kommentar, Kaufmann und Rautmann, Kommentar zum GWB, 1. Auflage 1958/72, Köln

26. Friedrich , Möglichkeiten und kartellrechtliche Grenzen umweltschutzfördernder Kooperation zwischen Unternehmen, zugleich ein Beitrag zur Problematik einer Restriktion des § 1 GWB, Dissertation, 1. Auflage 1977, Bamberg

27. Gabler , Lexikon des Wirtschaftsrechts, 1. Auflage 1972, München

28. Gemeinschaftskommentar, Müller-Henneberg und Schwartz, Kommentar zum GWB, 2. Auflage 1963/66 ff., Köln/Berlin/Bonn/München

29. Gleiss-Hootz, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage 1966, Heidelberg

30. Glismann , Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Außenhandel, Kieler Studienbuch Nr. 131, 1. Auflage 1975, Tübingen

31. Göhler , Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 1970/71, München

32. Grupp , Der Einfluß des Art. 85 EWG-V und der VO Nr. 17 auf die Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Dissertation, 1. Auflage 1965, Tübingen

33. Hamann-Hamann-Lenz, Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 3. Auflage 1970, Neuwied/Berlin

34. Henkel , Die erlaubte Verbandsempfehlung nach § 38 II GWB, 1. Auflage 1960, Werne/Lippe

35. Hennig-Sauter, Wettbewerbsbeschränkunkungen und Kartellrecht, 1. Auflage 1972, München

36. Herzog , Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage 1971, Frankfurt/M.

37. Hesse , Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 9. Auflage 1976, und vgl. 5. Auflage 1972, Karlsruhe

38. Heuser , Volkswirtschaftslehre, Fischer-Bücherei, Bd. II, 1. Auflage 1967, Frankfurt/M./Hamburg

39. Himmler , Öffentlichrechtliche Wettbewerbsbeschränlungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 38, 1. Auflage 1967, Köln/Berlin/Bonn/München

40. Hoppmann , Rationalisierung durch Kartelle, 1. Auflage 1971, Berlin

41. Horstmann , Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellrecht, 1. Auflage 1977, Frankfurt/M./Bern

42. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage 1970, Berlin/Frankfurt/M.

43. Hübner , Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbotes, 1. Auflage 1971, Köln/Berlin/Bonn/München

44. Isay , Gutachten zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Auflage 1954, Bergisch-Gladbach

45. Jäger , Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffes in § 1 GWB, FIW-Schriftenreihe , Heft 55, 1. Auflage 1970, Köln/Berlin/Bonn/München

46. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes, 2. Auflage 1967, Göttingen

47. Kaiser , mit Coing,Deringer, Forsthoff, Günther, Ipsen, Kantzenbach, Markert, Müller, usw., Planung International, Band I-V, 1. Auflage 1965/70, Baden--Baden

48. Kartte , Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, 1. Auflage 1969, Köln/Berlin/Bonn/München

49. Kraft , Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1963, München/Berlin

50. Langen-Niederleithinger-Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Auflage 1977, und vgl. 4. Auflage 1967, Neuwied/Rh./Berlin/Darmstadt

51. Larenz , Lehrbuch des Schuldrechts, Band I und II, 11. Auflage 1976/77, München

52. Larenz , Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage 1975, und vgl. 2. Auflage 1969, Berlin/Heidelberg/New York

53. Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auflage 1966, Berlin

54. Lehnich , Wettbewerbsbeschränkung,Grundlegung mit Ergänzungen, 1. Auflage 1956/58, Köln/Berlin

55. Leibholz-Rinck-Helbig, Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 5. Auflage 1975, und vgl., 4. Auflage 1971, Köln/Marienburg

56. Lipps , Kartellrecht, 2. Auflage 1975, Bonn

57. Löffler , Selbstkontrolle von Presse, Funk und Film, 1. Auflage 1960, München/Berlin

58. Lutz , Konzertierte Aktion als Beispiel für den Konflikt zwischen marktwirtschaftlicher Ordnung und staatlicher Planung, Dissertation, 1. Auflage 1973, Stuttgart

59. Lübbert , Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 31, 1. Auflage 1975, Heidelberg

60. Mangoldt-Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 2. Auflage 1955 ff./74, Berlin/Frankfurt/M.

61. Markert-Strauch, in Freitag-Hansen-Markert-Strauch, Umweltschutz und Wettbewerbsordnung, 1. Auflage 1973, Frankfurt/M.

62. Maunz , Deutsches Staatsrecht, 20. Auflage 1975, München

63. Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 3. Auflage 1970 ff., Stand 1977, München/Berlin

64. Maurach-Zipf, Deutsches Strafrecht, 5. Auflage 1977, und vgl. 4. Auflage 1969, Karlsruhe

65. Mayer , Kartelle, Kartellorganisationen und Kartellpolitik, 1. Auflage 1969, Wiesbaden

66. Mayer-Wegelin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Auflage 1966, Frankfurt/M.

67. Mestmäcker , Europäisches Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1974, München

68. Mestmäcker , Normzwecke und Systemfunktion im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Auflage 1974, Tübingen

69. Möschel , 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, 1. Auflage 1972, Tübingen

70. Müller-Griess-Giessler, Kommentar zum GWB, 2. Auflage 1967/70 ff./76, Frankfurt/M.

71. von Münch , Kommentar zum Grundgesetz der BRD, 1. Auflage 1974 ff., München

72. Nedelmann , Die Praxis des Bundeskartellamtes bei der Auslegung des GWB unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes, Dissertation, 1. Auflage 1969, Kiel

73. Nordemann , Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1971, Bonn

74. Palandt , Kommentar zum BGB, 36. Auflage 1977, Kiel

75. Paulsen , Neue Wirtschaftslehre, Einführung in die Wirtschaftstheorie, 4. Auflage 1958, Berlin/Frankfurt/M.

76. Rasch-Westrick-Loewenheim, Kommentar zum GWB, 4. Auflage 1976, und vgl. 3. Auflage 1966, Herne/Berlin

77. Rebmann-Roth-Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1. Auflage 1968, Stuttgart

78. Rieger , Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbotes, zugleich ein Beitrag zu der Lehre von der Restriktion, Dissertation, 1. Auflage 1967, Frankfurt/M.

79. Rinck , Wirtschaftsrecht, 5. Auflage 1977, und vgl. 3. Auflage 1972, Köln/Berlin/Bonn/München

80. Rittershausen, Wirtschaft, Fischer-Bücherei, 1. Auflage 1958/70, Frankfurt/M./Hamburg

81. Rotberg-Kleinewefers-Boujong, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage 1975, und vgl. 4. Auflage 1969, Berlin/Frankfurt/M.

82. Rüdell , Zulässigkeit horizontaler Empfehlungen nach deutschem und EWG-Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe, Heft 67, 1. Auflage 1974, Köln/Berlin/Bonn/München

83. Säcker , Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1. Auflage 1973, Düsseldorf

84. Sandberger , Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge und Beschlüsse im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1. Auflage 1969, Tübingen

85. Sandrock , Grundbegriffe des GWB, 1. Auflage 1968, München

86. Sangmeister, Die rule of reason und das per-se-Konzept in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA zu § 1 Sherman Act , 1. Auflage 1975, Köln/Berlin/Bonn/München

87. Sartorius , Band I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland, 34. Auflage 1972, Stand 1977, München

88. Sattler , Zu den Begriffen des Kartells und kartellähnlicher Organisationen, 1. Auflage 1970, Zürich

89. Schellack , Die Selbstbeschränkung der Mineralölwirtschaft, Dissertation, 1. Auflage 1968, Freiburg/Breisgau

90. Schmidt , Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, Begriff und Funktion des gemeinsamen Zweckes im GWB, 1. Auflage 1977/78, Köln/Berlin/Bonn/München

91. Schmidt , US - amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1. Auflage 1973, Berlin

92. Schmidt-Bleibtreu-Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, 4. Auflage 1977, Neuwied/Berlin

93. Schönfelder, Deutsche Gesetze, 46. Auflage 1971, Stand 1977/78, München

94. Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 18. Auflage 1976, München

95. Schunck-Giese, Erläuterungen zum Grundgesetz der BRD, 9. Auflage 1976, Frankfurt/M.

96. Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 10. Auflage 1967/69, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz

97. Spengler , Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW-Schriftenreihe Heft 6, 1. Auflage 1960, Düsseldorf

98. Stein , Lehrbuch des Staatsrechts, 5. Auflage 1976, Tübingen

99. Steindorff , Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1959, Frankfurt/M.

100. Graf von Stosch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB und Art. 85 EWG-V, Dissertation, 1. Auflage 1967, München

101. Tetzner , Kartellrecht, 2. Auflage 1967, München/Berlin

102. Tilmann , Zusammenarbeit und Kartellverbot, typische Formen unternehmerischer Kooperation und § 1 GWB, Dissertation, 1. Auflage 1966, Heidelberg

103. Toeche-Mittler, Verbandskartell als Instrument der Wirtschaftsplanung, 1. Auflage 1969, Frankfurt/M./Berlin

104. Ulmer , Fälle und Entscheidungen zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage 1975, Frankfurt/M.

105. Walter-Leistico, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 1. Auflage 1969, Rembek/Hamburg

106. Wissenschaftlicher Beirat zum Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband Kartellgesetz, 1. Auflage 1962, Göttingen

107. Wolff , Verwaltungsrecht, Band I, 9. Auflage 1974, Band II, 4. Auflage 1976, Band III, 3. Auflage 1973, München

108. Würdinger-Günther, WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, 1. Auflage 1949, ff., Düsseldorf

109. Zippelius , Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1. Auflage 1962, München

110. Zippelius , Wesen des Rechts, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Auflage 1969, München

Inhaltsverzeichnis

Titelblatt 1

Prüfungsvermerk 2

Gliederung 3

Ausführungen 8

1. Einleitung 8

1.1. Kartellrecht in unserer Zeit 8

1.2. Das deutsche Kartellrecht 10

2. Problemstellung 14

2.1. Begriffsbestimmungen 14

2.1.1. 14

2.1.2. 16

2.2. Allgemeiner Überblick 20

2.2.1. 21

2.2.1.1. 22

2.2.1.2. 24

2.2.1.3. 35

2.2.2. 39

2.2.3. 44

2.2.3.1. 45
2.2.3.2. 49
2.2.3.3. 53
2.2.3.4. 60

2.3. Systematisierung der Konstellationen 64

2.3.1. 65

2.3.1.1. 65
2.3.1.2. 66
2.3.1.3. 69

2.3.2. 71

2.3.2.1. 71
2.3.2.2. 72

2.3.3. 75

3. Das EWG - Kartellrecht 78

3.1. Gesetzessystematik 78

3.2. Praxisbereich 83

4. Behandlung nach den §§ 1 ff. GWB 88

4.1. Gesetzestypus 88

4.2. Subsumtion unter § 1 I
S. 1 GWB 92

4.2.1. 93

4.2.2. 96

4.2.3. 102

4.2.4. 114

4.2.5. 121

4.2.6. 126

4.3. Lösungsmöglichkeiten
über § 1 I S. 1 GWB 128

4.3.1. 128

4.3.2. 133

4.3.2.1. 134
4.3.2.2. 140

4.3.3. 148

4.3.3.1. 149
4.3.3.2. 152
4.3.3.3. 154

4.3.4. 159

4.3.5. 161

4.3.6. 164

4.4. Gesetzliche Ausnahmeregelungen 170

4.4.1. 171

4.4.2. 173

4.4.3. 181

4.4.3.1. 181
4.4.3.2. 187
4.4.3.3. 202
4.4.3.4. 206

4.4.4. 208

4.4.5. 215

4.4.6. 219

4.5. Rückgriff auf § 1 I S. 1 GWB im Sinne der Rechtsfortbildung 230

4.5.1. 231

4.5.2. 234

4.5.2.1. 235
4.5.2.2. 244
4.5.2.3. 256

4.5.3. 265

4.6. Verfahren und Folgen 271

5. Abschließende Stellungnahme 290

5.1. Bezugspunkte zum öffentlichen Recht 290

5.2. Verfassungsrechtliche, grundgesetzliche Überlegungen 295

5.3. Vorschlag einer Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB unter Berücksichtigung der gesetzlichen Normsetzungsbefugnis 300

5.4. Anwendung im Sinne des Prinzips der ultima ratio 322

6. Zusammenfassung 330

6.1. Problemkonstellation und Beispielsfälle 330

6.2. Systematisierungsmöglichkeiten 331

6.3. Ausländische Kartellrechte 333

6.4. Subsumtion unter § 1 I S. 1 GWB 334

6.5. Einschränkungsversuche über § 1 I GWB 335

6.6. Gesetzliche Ausnahmeregelungen mit Teillösungsmöglichkeit über ein Ministerkartell nach § 8 I GWB 337

6.7. Verbleibende Lösungsmöglichkeit unter Rückgriffnahme auf § 1 I GWB im Sinne der Rechtsfortbildung 338

6.8. Abschließende verfassungs- und wettbewerbspolitische Würdigung einschließlich eines Vorschlags zur Gesetzesnovellierung des § 8 I GWB 342

Abkürzungsverzeichnis 345

Literaturverzeichnis 350

Inhaltsverzeichnis 363

Lebenslauf 369

Lebenslauf

Am 08. Juni 1951 wurde ich, deutscher Staatsbürger, als Sohn des Bundesbahnbeamten Ernst Lorenz und dessen Ehefrau Else, geborene Vöhringer, in 7410 Reutlingen, Baden-Württemberg, geboren und auf den Namen Harald Lorenz evangelisch getauft.

Nach Besuch der Grundschule in Gomadingen von 1958 - 1962, des Progymnasiums Münsingen von 1962 bis 1967 und anschließend des Friedrich-List-Gymnasiums in Reutlingen bestand ich dort im Sommer 1970 mein Abitur mit Erfolg.

Im Herbst 1970 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen, das ich am 27. 11. 1975 mit Bestehen des Ersten Juristischen Staatsexamens erfolgreich abschloß. Zwischenzeitlich studierte ich von Herbst 1974 bis Frühjahr 1976 ergänzend drei Semester Wirtschaftswissenschaft/Volkswirtschaftslehre an der Universität Tübingen und absolvierte mehrere Praktikas bei Gericht, Verwaltung und Banken im Kreis Reutlingen.

Seit 03. Oktober 1975 bin ich mit meiner Frau Solveig Lorenz, geborene Soulier, verheiratet, die ebenfalls deutsche Staatsangehörige ist und als Reallehrerin in 7420 Münsingen tätig ist. Wir wohnen in der Panoramastraße 1 in 7423 Gomadingen--Offenhausen, Kreis Reutlingen.

Vom 16. 01. 1976 an habe ich meinen Juristischen Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Tübingen absolviert und ihn am 12. Juni 1978 mit Bestehen des Zweiten Juristischen Staatsexamens erfolgreich abgeschlossen. Gleichzeitig arbeitete ich seit Dezember 1975 an meiner Dissertation bei Prof. Dr. Dr. Franz-Jürgen Säcker und bin vom Sommersemester 1976 an bis einschließlich Sommersemester 1977 an der Freien Universität Berlin als Gasthörer immatrikuliert gewesen. Seit Juli 1978 bin ich beim Landgericht Tübingen und Amtsgericht Münsingen als Rechtsanwalt zugelassen und habe in Münsingen meine Kanzlei errichtet.

Gomadingen - Offenhausen,
im Februar / Juli 1978

gez.: Harald Lorenz

Dissertationsdruckanstalt Werner Blasaditsch · Augsburger Straße 8 · 8958 Füssen/Allgä